Die Berufspflicht gemäß Art. 31 des Entwurfes eines schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918,

mit besonderer Berücksichtigung der ärztlichen Tätigkeit.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG

DER WÜRDE EINES DOCTOR IURIS UTRIUSQUE

DER

HOHEN IURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

WERNER HAUSSENER

von **Rüeggisberg** (Kt. Bern)

ZÜRICH 1932

Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co.

Stockerstr. 64.

Die Berufspflicht gemäß Art. 31 des Entwurfes eines schweizerischen Strafgesetzbuches von 1918,

mit besonderer Berücksichtigung der ärztlichen Tätigkeit.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG

DER WÜRDE EINES DOCTOR IURIS UTRIUSQUE

DER

HOHEN IURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

WERNER HAUSSENER

von **Rüeggisberg** (Kt. Bern)

ZÜRICH 1932

Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co.

Stockerstr. 64.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsangabe.

Seite

Literatur 5
Vorwort 11

I. Allgemeiner Teil.

§ 1. Die Rechtswidrigkeit 13
I. Allgemeines 13
II. Das Unrecht als Verneinung des objektiven, bezw. subjektiven Rechts 15
III. Objektives und subjektives Unrecht 22
IV. Die Rechtswidrigkeit als gesetzliches Tatbestandsmerkmal . 26
§ 2. Zur Enstehung des Art. 31 E. 30
§ 3. Die Amtspflicht 33
§ 4. Die Berufspflicht 35

II. Spezieller Teil: Der ärztliche Eingriff.

§ 5. Die Theorien zur Begründung der Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe 45
I. Das ärztliche Berufsrecht 45
II. Der sittliche Zweck 48
III. Die Einwilligung des Verletzten 52
IV. Das Gewohnheitsrecht 61
V. Die Notwendigkeit des Eingriffs 65
VI. Das Prinzip des überwiegenden Interesses 67
VII. Die Geschäftsführung ohne Auftrag 72
VIII. Die Heilbehandlung 75
§ 6. Die Lösung 78
A. Allgemeines. 78
§ 7. Fortsetzung 82
B. Vorschläge de lege ferenda 82
I. Operation und Behandlung 83
II. Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit 101
III. Gynäkologische Eingriffe 107

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0079

Literatur.

Ärztekommission, schweizerische: Eingabe an die vorberatende Kommission zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, vom März 1906 (handschriftlich bei den Akten des schweizerischen Justizdepartements).

Allers, R.: Fortpflanzung, Vererbung, Rassenhygiene, in DMW **37** (1911), 1276 ff.

Allfeld, Ph.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. Leipzig 1912.

Arieff, J.: Die ärztliche Tätigkeit und das Strafrecht. Diss. Bern 1910.

v. Bar, L.: Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, in GS **60** (1902), 81 ff.

Baumgarten, A.: Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis. Tübingen 1913.

Behr, A.: Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht. Diss. Würzburg 1902.

— Medicin und Strafrecht, in GS **62** (1903), 400 ff.

Berner, A. F.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl., Leipzig 1881.

Binding, K.: Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl. Bd. 1: Normen und Strafgesetze. Leipzig 1890.

v. Braun-Fernwald: Der Kaiserschnitt, in Enzyklopädie der Geburtshilfe und Gynäkologie, herausgegeben von M. Sänger und O. v. Herff, Leipzig 1900. Bd. 1, S. 468 ff.

Breithaupt: Volenti non fit iniuria. Berlin 1891.

Brückmann, A.: Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe, in ZStrW **24** (1904), 657 ff.

Burckhardt, W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. 2. Aufl. Bern 1914.

v. Cleric, G. F.: Das Pflichtmoment im Strafrecht (insbesondere das Problem des Rechtsirrtums), in SJZ **10** (1914), 265 ff.

Dietrich, H.: Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe. Diss. Marburg 1896.

zu Dohna, A., Graf: Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle a. S. 1905.

v. Feuerbach, A., Ritter: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, herausgegeben von Dr. C. J. A. Mittermaier, 14. Aufl., Gießen 1874.

Fick, F.: Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, erläutert, Zürich 1911.

Frank, R.: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 15. Aufl., 1924.
Gerland, H.: Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, in VD A **2**, 487 ff.
Geyer, A.: Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1. Hälfte, Einleitung und allgemeiner Teil, 1884.
Gmür, M.: Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht. Separatabdruck aus Festgabe für Eugen Huber, Bern 1919.
Good, A.: Ein psychiatrisches Postulat an das schweizerische Strafgesetz, in Z **23** (1910), 257 ff.
Griot, G.: Das Recht am eigenen Körper auf Grund des Art. 28 des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Diss. Zürich 1922.
Guang Tsu, T.: Über das Prinzip „nulla poena sine lege" im modernen Recht. Diss. Bern 1920.
Guggisberg, H.: Geburtshilfe und Strafrecht. (Akademischer Vortrag) 1913.
Hälschner, H.: Die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen, in GS **21** (1869), 11 ff.
— Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen, in GS **28** (1876), 401 ff.
— Das gemeine deutsche Strafrecht, systematisch dargestellt. Bd. 1: Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren. Bonn 1881.
Hafner, H.: Die Tötung auf Verlangen. Mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Strafgesetzes, der schweizerischen und deutschen Strafgesetzentwürfe. Diss. Bern 1925.
Hafter, E.: Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches: 1898—1907 (1908); 1908—1911 (1912).
— Mutterschutz und Strafrecht (Vortrag), 1910.
— Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, in Z **26** (1913), 253 ff. und **27** (1914), 4 ff.
— Keine Strafe ohne Gesetz. Festrede Zürich 1922.
— Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1926.
Hamm: Operative Eingriffe der Ärzte, in DJZ **12** (1907), 447 ff.
Hegel, G. W. F.: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. 2. Aufl., Berlin 1840.
Heimberger, J.: Über die Straflosigkeit der Perforation. Diss. München 1889.
— Berufsrecht und verwandte Fälle, in VD A **4**, 15 ff.
— Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, in VD A **4**, 1 ff.
Hold v. Ferneck, A., Freiherr: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Bd. 1: Der Begriff der Rechtswidrigkeit. 1903.
Holer O.: Die Einwilligung des Verletzten. Diss. Zürich 1906.
Horch, H.: Das Verbrechen der Abtreibung. Diss. Gießen 1878.
Janka, K.: Der strafrechtliche Notstand. Erlangen 1878.

Jellinek, G.: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. Wien 1878.

Jhering, R.: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift, Giessen 1867.

Juliusberger, O.: Zur Frage der Kastration und Sterilisation von Verbrechern und Geisteskranken, in DMW **38** (1912), 417 ff.

Kaufmann, J.: Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher. Stuttgart 1910.

Keßler, R.: Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung. Berlin und Leipzig 1884.

Kitzinger, F.: Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in GS **55** (1898), 1 ff.

Kleinfeller, G.: Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten, in VD A **1**, 269 ff.

Kohlrausch, E.: Die Lehre vom Rechtsirrtum in Theorie und Praxis des heutigen Strafrechts. Diss. Heidelberg 1902.

Kollbrunner, A.: Die rechtliche Stellung des Arztes. Diss. Zürich 1903.

Labhardt, A.: Zur Frage des künstlichen Aborts, in SJZ **22** (1925), 129 ff.

Laubenburg, K.: Der Kaiserschnitt in der Praxis, in DMW **36** (1910), 313 ff.

v. Lilienthal, K.: Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in Festgabe für Bekker, dargebracht von der iuristischen Fakultät der Universität Heidelberg. Berlin 1899.

v. Liszt, F.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 21. und 22. Aufl. Berlin und Leipzig 1919.

Lotmar, Ph.: Die Freiheit der Berufswahl. Rektoratsrede gehalten am 4. Dezember 1897 in Bern. Leipzig 1898.

Maier, H. W.: Psychiatrische Bemerkungen zum neuen schweizerischen Strafgesetzentwurf, in Z **22** (1909), 303 ff.

Maurhofer, Clara: Der Grundsatz nulla poena sine lege in der schweizerischen Gesetzgebung und der Praxis des Bundesgerichts. Diss. Zürich 1925.

Mayer, M. E.: Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Leipzig 1901.

— Rechtsnormen und Kulturnormen. Heft 50 der „Strafrechtlichen Abhandlungen", herausgegeben von E. Beling, Breslau 1903.

Meili, F.: Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts. Heft 31 der „Schweizer Zeitfragen", 1901.

Merkel, A.: Kriminalistische Abhandlungen. Leipzig 1867. I. Zur Lehre von den Grundeinteilungen des Unrechts und seinen Rechtsfolgen.

— Juristische Enzyklopädie. Berlin und Leipzig 1885.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer, Hugo: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 3. Aufl. Erlangen 1882.

Möbius, P. J.: Über die Wirkungen der Castration. 2. Aufl. Halle a. S. 1906.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. 4 Familienrecht. Amtliche Ausgabe 1888.

Naegeli, K.: Bevormundung und beschränkte Handlungsfähigkeit im schweizerischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 9. Heft, 1905.

Nationalrat: Strafgesetzbuch, Stenographische Verhandlungsberichte, Frühjahrssession 1928.

Oberholzer, E.: Kastration und Sterilisation von Geisteskranken in der Schweiz. Diss. Med. Zürich 1912.

— Dauernde Anstaltsversorgung oder Sterilisierung?, in Z **25** (1912), 54 ff.

Oppenheim, L.: Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. Basel 1892.

— Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, in Z **6** (1893), 332 ff.

— Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.

Ortmann, R.: Zur Lehre vom Dolus, in GS **30** (1878), 344 ff.

Pernice, A.: Labeo: Römisches Privatrecht der Kaiserzeit. Bd. 2, 1. Abtlg., 2. Aufl. 1895.

Pfeiffer, K.: Chirurgische Operation und die Sterilisation von Geisteskranken, in Z **27** (1914), 38 ff.

Pfersdorff, F.: Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund. Diss. Straßburg i. E. 1897.

Protokoll über die Verhandlungen der Expertenkommission betreffend den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafrecht, 1901.

Protokoll der zweiten Expertenkommission zur Beratung des schweizerischen Strafgesetzbuches, Bde. 1, 2, 5 (1912).

Rosenberg, W.: Strafbare Heilungen, in GS **62** (1903), 62 ff.

Schenker, K.: Die strafrechtliche Natur des ärztlichen Eingriffs. Diss. Bern 1922.

Schollenberger, J.: Grundriß des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone, Bd. 2: Das Verwaltungsrecht, Innere Verwaltung. Zürich 1898.

Schütze, Th. R.: Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches. 2. Aufl. 1874.

Sjögren, W.: Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Tatbeständen der Schadensstiftung, in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, **35** (1896), 343 ff.

Spinner, J. R.: Ärztliches Recht, unter besonderer Berücksichtigung des deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischen Rechts. Berlin 1914.

Spohr, C.: Strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Eingriffe, in Z **18** (1905), 182 ff.

Steinmetz, H.: Irrtum und Gewohnheitsrecht. Diss. Heidelberg 1913.

Stenglein: Bemerkungen zur Frage, ob ein Arzt ohne Genehmigung des Patienten eine Operation vornehmen darf, in DJZ **4**, (1899), 106 f.

v. Sterneck, O.: Privilegierte Rechtsgüterverletzung, in GS **69**, 56 ff.

Stooß, C.: Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1893.

— Operativer Eingriff und Körperverletzung. Separatabdruck aus der Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, Bd. 6 (1893).

— Ist der ärztliche Zweck das gewohnheitsrechtliche Fundament zum ärztlichen Eingriff?, in Z **7** (1894), 192 ff.

— Rechtswidrigkeit und Verbrechen, in Z **10** (1897), 351 ff.

— Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Eine strafrechtliche Studie. Berlin 1898.

— Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, 1899.

— Die Strafrechtswidrigkeit, in ZStrW **24** (1904), 319 ff.

— Der gesetzliche Tatbestand und seine Ausnahmen, in Z **23** (1910), 309 ff.

Teichmann, A.: Bibliographie über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, 1898.

Temme, J. D. H.: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts nach den Strafgesetzbüchern der Schweiz. Aarau 1855.

Thormann, Ph.: Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe, in Festgabe für Eugen Huber, dargebracht von der iuristischen Fakultät der Universität Bern, 13. Juli 1919, 157 ff.

Torp, C.: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, in ZStrW **23** (1903), 84 ff.

Trendelenburg, A.: Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2. Aufl. Leipzig 1868.

Unger, J.: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 2. Bd., 3. Aufl. Leipzig 1868.

Verhandlungen der von dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. 1. Bd. Allgemeiner Teil (erste Lesung), 1896; 2. Bd. (zweite Lesung).

Wein, F.: Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffs. Diss. Erlangen 1909.

Zitelmann, E.: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in Archiv für die zivilistische Praxis **99** (1906), 1 ff.

— Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung (aus der deutschen medizinischen Wochenschrift). Leipzig 1908.

Zürcher, E.: Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom April 1908. Bern 1914.

— Bibliographie und kritische Materialien zu den Entwürfen eines schweizerischen Strafgesetzbuches. 4. Fortsetzung 1912—1923 (1924).

Abkürzungen.

a) Quellen.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.
BV = Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874.
E = Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918.
OR = Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911.
RStrG = Strafgesetzbuch für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871.
SchKG = Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.
VE = Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (1893; 1896; 1903; Februar 1908; April 1908; 1915; 1916).

b) Periodisch erscheinende Schriften u. a.

BGE = Entscheidung des Bundesgerichtes.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
DMW = Deutsche medizinische Wochenschrift.
GS = Der Gerichtssaal.
SJZ = Schweizerische Juristenzeitung.
VD A = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil.
VD S = Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Spezieller Teil.
Z = Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
ZStrW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Vorwort.

Die sog. „Rechtmäßigen Handlungen" sind Gegenstand der Art. 31—33 E. Darunter fallen die in Notwehr (Art. 32) und Notstand (Art. 33) begangenen Handlungen, und ferner die Tat, die, würde sie nicht durch Gesetz geboten, für erlaubt oder straflos erklärt, oder, würde sie nicht durch eine Amts- oder Berufspflicht geboten, rechtswidrig wäre (Art. 31). Außerhalb unserer Untersuchung fallen die beiden Begriffe „Notwehr" und „Notstand". Diese bilden seit langem Bestandteil der Gesetzgebung, sodaß die Wissenschaft bereits Gelegenheit fand, sich eingehend damit auseinanderzusetzen. Ein Blick in die Strafrechtsliteratur lehrt denn auch, daß die Doktrin die Bearbeitung dieser Fragen sich eifrig angelegen sein ließ.

Über die kraft Gesetz und Amtspflicht rechtmäßigen Handlungen werden wir uns im folgenden auch kurz fassen können. Einerseits ist es selbstverständlich, daß Handlungen, die durch das Gesetz erlaubt sind, ausgeübt werden dürfen, und anderseits ist der Begriff der Amtspflicht grundsätzlich nicht umstritten.

Das Hauptinteresse dagegen ist dem Begriffe der Berufspflicht zuzuwenden. Dieser hat nicht ohne Anfechtung Aufnahme in den Entwurf gefunden [1]). Abgesehen von rein sachlichen Erwägungen, die gegen die Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung sprechen können, ist die Tatsache erwähnenswert, daß über den Begriff der Berufspflicht, zur Zeit, als über seine Aufnahme in den Entwurf debattiert wurde, die nötige Klarheit nicht vorhanden war. Nicht einmal von den Befürwortern einer solchen wurde annähernd genau festgelegt, was für „Berufsarten" darunter einzubeziehen seien.

[1]) Die Abstimmung in der zweiten Expertenkommission vom Jahre 1912 ergab ein Resultat von 13:9 Stimmen, wonach einem Antrage von Professor Thormann, dahin gehend, daß die „Berufspflicht" zu eliminieren sei, nicht stattgegeben wurde; vgl. Protokoll der 2. Exp.Komm. 1, 185.

Zeugnis dafür legen die Verhandlungsberichte ab, die lediglich summarische Hinweise enthalten, welche nicht dazu geeignet sind, einer späteren Gerichtspraxis als zuverlässige Grundlage zu dienen.

Der Zeitpunkt, da der Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1918 dem Volke zur Genehmigung unterbreitet wird, wird nicht mehr allzu lange auf sich warten lassen. Mit seiner Annahme wird der Art. 31 E. zu geltendem Recht. Professor Hafter äußerte sich bereits dahin[2]), daß es nicht zu leugnen sei, daß die Bestimmung des Art. 31 E. eine kühne, konsequenzenreiche Neuerung gegenüber den bisherigen Gesetzen bedeute, deren Tragweitebestimmung vorwiegend wissenschaftlichen Erörterungen zukomme. Daß die Aufnahme der Berufspflicht an und für sich eine Neuerung darstellt, kann nicht bestritten werden. Doch soll in der vorliegenden Abhandlung gezeigt werden, daß ihr der Zusammenhang, in dem sie erwähnt wird, eine andere Bedeutung verleiht, als wenn sie als selbständiger Strafausschließungsgrund genannt wäre.

[2]) Hafter, Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, in Z 26, 286.

I. Allgemeiner Teil.

§ 1. Die Rechtswidrigkeit.

I. Allgemeines.

Die Verbrechensdefinition v. Liszts darf wohl heute noch als die populärste angesehen werden. v. Liszt umschreibt das Verbrechen [1]) als die schuldhafte, rechtswidrige Handlung [2]), die, im Gegensatz zum zivilen Unrecht [3]), mit Strafe bedroht sein muß [4]). Diese vier Merkmale zusammen (Handlung — Tun oder Unterlassen [5]) — Strafandrohung, Schuldhaftigkeit, Rechtswidrigkeit) bilden den allgemeinen Tatbestand des Delikts; umgekehrt nimmt notwendigerweise der Mangel auch nur eines einzigen Tatbestandsmerkmals einer nach volkstümlicher Auffassung u. U. dennoch als Verbrechen bewerteten Erscheinung dieser den deliktischen Charakter. In diesem Falle spricht man vom Vorliegen eines sog. Deliktsausschließungsgrundes [6]). — Für uns ist im Zusammenhange lediglich das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit von Interesse.

---

[1]) Als „Verbrechen" bezeichnen wir im folgenden die strafbaren Handlungen überhaupt, begreifen also darunter das Verbrechen im weitern Sinne, im Gegensatz zum Verbrechen im engern Sinne, das vor allem noch in denjenigen Strafgesetzgebungen von Bedeutung ist, denen die Dreiteilung der strafbaren Handlungen zugrunde liegt.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch, 111.

[3]) Vgl. auch Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 89, Zusatz.

[4]) v. Liszt, a. a. O., 112.

[5]) Da eine Handlung im erwähnten Sinne sowohl in einem Tun als auch in einer Unterlassung bestehen kann, ersetzt Hafter (Lehrbuch, 67 f.) das Merkmal der Handlung durch den bezeichnenderen, weil allgemeiner gehaltenen Begriff eines „menschlichen Verhaltens".

[6]) v. Liszt, a. a. O. 112.

In gesetzestechnischer Hinsicht bilden die Marginalien einen Teil der Gesetzesbestimmung selbst. Zusammen bilden die beiden Bestandteile, Text und Randtitel, ein Ganzes. Letzterer muß im Falle einer Interpretation mitberücksichtigt werden[7]). Das Marginale des Art. 31 E. spricht von „Rechtmäßigen Handlungen". Somit haben wir uns vor allem zu vergegenwärtigen, was unter dem Ausdruck „rechtmäßig" zu verstehen ist. Rein sprachlich heißt „rechtmäßig" nichts anderes als „dem Rechte gemäß", im Gegensatze zu „rechtswidrig", also zu dem, was „wider das Recht verstößt". Wie aus gewissen, eingangs erwähnten Bemerkungen bereits ersichtlich geworden sein dürfte, ist der negative Ausdruck „Rechtswidrigkeit" der Doktrin weitaus geläufiger. Sie, die Rechtswidrigkeit nun ist es, welche den Ausgangspunkt bildet zu einer Reihe von Fragen, die die Rechtswissenschaft je und je beschäftigt haben. Sie ist es auch, welche, auf die einzelnen Fragen bezogen, die verschiedensten Ansichten um sich vereinigt. Kompetente Autoren äußern sich in nicht mißzuverstehender Weise hierüber.

So sagt Kitzinger[8]): „In der Lehre von dem Begriff der Rechtswidrigkeit ist Frage und Streitfrage gleichbedeutend". Hold v. Ferneck beginnt seine Abhandlung über die „Rechtswidrigkeit" mit folgenden Worten[9]): „Die Lehre von dem Begriff der Rechtswidrigkeit (der Rechtsverletzung, des Unrechts) ist heute an einem toten Punkte angelangt. Die Gegensätze stehen einander schroffer gegenüber denn je." Auch die Worte des Grafen zu Dohna bringen sein Erstaunen zum Ausdruck, wenn er sagt[10]): „Wann ist eines Menschen Verhalten rechtswidrig?... Daß die Strafrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts auf diese Frage keine Antwort weiß, ist erstaunlich, aber Tatsache."

Wenn man diesen Bekenntnissen die Erwägung an die Seite stellt, daß sich Koryphaeen der Rechtswissenschaft — ich denke z. B. an Adolf Merkel und Binding — um die Klärung dieses Begriffes bemühten, ohne aber zu einem abschließenden Re-

[7]) A. M. Meili, Kodifikation, etc. 31.
[8]) Kitzinger, GS 55, 1.
[9]) Hold v. Ferneck, a. a. O. 1.
[10]) Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 15.

sultate gelangt zu sein, so erhellt daraus genügend, daß die Rechtswidrigkeit als solche, d. h. ihre Erfassung und Formulierung, ein Problem im eigentlichen Sinne des Wortes darstellt [11]).

Es kann sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit lediglich darum handeln, aus dem ganzen, mit dem Begriffe der Rechtswidrigkeit verbundenen Fragenkomplex einige Spezialfragen herauszugreifen, die eine grundsätzliche Behandlung erfahren sollen.

II. Das Unrecht als Verneinung des objektiven, bezw. subjektiven Rechts.

Von grundlegender Bedeutung ist einmal die Frage, ob die Rechtswidrigkeit, als der Begriff, wie er der Strafrechtswissenschaft eigentümlich ist, in Gegensatz steht zum objektiven Recht, der Rechtsordnung, oder zum subjektiven Recht, dem Rechtsanspruch. Anders formuliert lautet die Frage: „Bedeutet das Unrecht einen Verstoß gegen das Recht im objektiven Sinne, gegen den von der Allgemeinheit anerkannten Willen [12]), oder ist nicht vielmehr darunter eine Verletzung derjenigen Rechte zu verstehen, die den einzelnen Individuen eben kraft des objektiven Rechts verliehen sind?“

Schon hier sehen wir uns in der Hauptsache zwei ganz verschiedenen Ansichten gegenüber; die einen Autoren verfechten die objektive Rechtswidrigkeit konsequent, andere stehen ebenso entschieden für die subjektive Rechtswidrigkeit ein [13]).

[11]) Bereits Hegel hat sich in seinen zu Anfang des 19. Jahrhunderts erschienenen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ mit dem Begriffe der Rechtswidrigkeit (sc. des Unrechts) befaßt. Seine Ausführungen bildeten während geraumer Zeit den Ausgangspunkt zu wissenschaftlichen Erörterungen, welche die Rechtswidrigkeit betrafen.

[12]) Hegel, a. a. O. § 82, Zusatz: „Das Recht an sich, der allgemeine Wille, als wesentlich bestimmt durch den besonderen, ist in Beziehung auf etwas Unwesentliches“.

[13]) Die beiden Bezeichnungen „objektive“ und „subjektive“ Rechtswidrigkeit sind nicht absolut zutreffend, weil damit leicht einem Mißverständnis Vorschub geleistet werden kann. Die erwähnten Ausdrucksbezeichnungen werden nämlich in der Literatur über die Rechtswidrigkeit als termini technici in anderem

Hälschner, ein Vertreter der objektiven Rechtswidrigkeit, stellt den Satz auf[14]): „Das Unrecht ist als Negation des Rechts in allen Fällen Negation des Rechts an sich, des Rechts im objektiven Sinne, und kann niemals nur Widerspruch gegen die subjektive Berechtigung des Anderen sein, da diese niemals eine durchaus selbständige, von dem Rechte an sich unabhängige Existenz hat, mit ihr also auch in allen Fällen das Recht an sich verletzt wird."

Auf den gleichen Boden stellt sich Kitzinger, wenn er sagt[15]): „Unrecht ist (demnach) Alles, was durch den in der Rechtsquelle erklärten Willen mißbilligt ist. Der Widerspruch mit der Rechtsordnung ist das unerläßliche, aber auch das einzige Begriffsmerkmal der Rechtswidrigkeit, ein durchaus naturgemäßes Resultat."

Die Ausführungen Kitzingers richten sich im wesentlichen gegen Binding, welcher sich in seinem Werke über „Die Normen und ihre Übertretung" als entschiedener Verfechter der subjektiven Theorie zu erkennen gibt (cf. unten). Kitzinger widersetzt sich u. a. der von Binding aufgestellten Behauptung[16]), „daß es Hauptzweck aller Rechtssätze sei, einen Bestand subjektiver Rechte und Pflichten zu schaffen[17])," und stellt die an sich zweifellos richtige Gegenbehauptung auf, daß es daneben auch Rechtssätze gebe, deren Zweck lediglich in der Aufrechterhaltung oder Verhinderung eines Zustandes zu suchen sei. — Kitzinger beruft sich in seinen Ausführungen auch auf Merkel, und geht mit diesem darin einig, daß ein subjektives Recht, unabhängig von der Rechtsordnung, nicht existieren könne, daß also die Verletzung eines subjektiven Rechts notwendigerweise die Verletzung der Rechtsordnung zur Folge habe. Aus den Worten Merkels läßt sich dessen Stellungnahme zur objektiven Theorie nicht verkennen, wenn er sagt[18]): „Sollte es möglich sein, das subjektive Recht an-

---

Sinne verwendet (cf. unten III). Wenn gleichwohl von ihnen hier Gebrauch gemacht wird, so geschieht es einzig deshalb, um weitläufige Umschreibungen zu vermeiden.

[14]) Hälschner, GS **21**, 17.

[15]) Kitzinger, a. a. O. 15 f.

[16]) Kitzinger, a. a. O. 4 f.

[17]) Binding, a. a. O. 2. Aufl., **1**, 293.

[18]) A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 11.

zuerkennen, ohne das objektive mitzutreffen, so müßte jenes eine von diesem abgesondere Existenz haben. Nun besteht aber jenes nur durch dieses, ist nichts anderes, als irgend ein Gut in seinem Zusammenhange gedacht mit dem objektiven Rechte. Wer daher eine Verletzung betreffender Güter als Rechtsverletzung qualifiziert, der denkt, wenn er sich dessen, was er sagt, bewußt ist, an diesen Zusammenhang, und wer von einer Rechtsverletzung spricht, welche keine Verletzung des objektiven Rechts enthalte, der widerspricht sich selbst."

Merkels Begründung kann, für sich betrachtet, eine gewisse Überzeugungskraft nicht abgesprochen werden. Sie gipfelt in dem Satze, daß einer Rechtsverletzung notwendigerweise das objektive Recht zugrunde liegen muß, als das Ursprüngliche, daß anderseits ein subjektives Recht nur kraft des objektiven bestehen kann [19]).

Wie beiläufig bereits erwähnt wurde, vertritt Binding die subjektive Rechtswidrigkeit. Da er zweifellos als der namhafteste Vertreter dieser Theorie angesehen werden kann, seien einzig seine Ausführungen einer kurzen Betrachtung unterworfen [20]).

Binding stellt den Satz auf, daß nie das Unrecht, oder auch nur ein Teil desselben, eine Verletzung des objektiven Rechts bewirke, daß vielmehr umgekehrt eine Handlung oder ein rechtswidriges Verhalten, die nicht wider ein subjektives Recht liefen, undenkbar sei [21]). Aus der schon einmal zitierten Behauptung Bindings, daß es Hauptzweck aller Rechtssätze sei, einen Bestand subjektiver Rechte und Pflichten zu schaffen (das Gesetz also nur im Medium dieser subjektiven Rechte und Pflichten getroffen werden könne), erhellt, daß er, im Gegensatz zu Hälschner, Kitzinger und Merkel, in seiner Untersuchungsmethode von den subjektiven Rechten ausgeht, als dem Wesentlichen, daß er

---

[19]) Als weitere Vertreter der objektiven Rechtswidrigkeit seien genannt: Allfeld, Lehrbuch, 176; Berner, Lehrbuch, 113; Ortmann, GS 30, 344; Temme, Lehrbuch, 13 und 85; Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, 1.

[20]) Die subjektive Theorie vertreten auch Hafter, a. a. O. 88; v. Liszt, a. a. O. 132; Torp, ZStrW 23, 87.

[21]) Binding, a. a. O. 292 ff.

also das Vorkommen eines objektiven Rechtssatzes, ohne daß damit subjektive Rechte verknüpft wären, verneint [22]).

In der Begründung seiner Ansicht, daß nie das Unrecht eine Verletzung des objektiven Rechts bewirke, führt Binding folgendes aus. Das Gesetz, wie er im Zusammenhang das objektive Recht nennt, ist einem unmittelbaren Angriffe entrückt, da dieses durch einen solchen in seinem Dasein oder in seinen Wirkungen angegriffen werden müßte. Ein solcher Angriff läßt sich nur als rechtswidriger Angriff auf die subjektive Gewalt des Gesetzgebers denken. Das Gesetz ist unverletzbar, weil dieses einzig zur Geltung gelangt als Wille, also weder als Macht noch als Zwang, der Wille aber als solcher ist unverletzlich [23])[24]). Der Wille des Gesetzes ist von konstanter Energie, er ist da, gleichgültig, ob ihm entsprochen wird oder nicht. Alles Unrecht prallt gleichsam an ihm ab. Der Verbrecher wird nicht deshalb bestraft, weil er das „Recht gebrochen" hat, sondern weil er den in ihm zum Ausdruck gebrachten Willen mißachtete.

---

[22]) Als Ausnahme von der Regel gesteht Binding zu, daß das Unrecht gegen das objektive Recht verstößt in denjenigen Fällen, da nicht ein Recht, sondern ein Gut, wie Leben oder Körperintegrität als ökonomisches Wertobjekt verletzt wird (a. a. O. 295, Anm. 2). Nicht ganz mit Unrecht lehnt sich Kitzinger dagegen auf, daß diese Fälle als „geringfügige" Ausnahmen angesehen werden (a. a. O. 8).

[23]) Binding, a. a. O. 294, spricht dem Gesetze die Macht ab, weil er voraussetzt, daß eine solche unmittelbar zum Ausdruck gelangen muß, daß also gleichsam die Gesetzesbestimmung durch sich selbst wirken müßte, in dem Sinne, daß sie zugleich den Willen, etwas zu gebieten oder zu verbieten, und die Kraft, dieses Gebot, bezw. Verbot durchzusetzen, in sich vereinigen würde. Dem Gesetze müßte also nach Binding, in Anlehnung an die Theorie von Feuerbach vom psychologischen Zwang (Feuerbach, Lehrbuch, §§ 8 ff.), ein sog. physischer Zwang innewohnen. Daß dem nicht so ist, bedarf indessen keiner weitern Beweisführung. Über eine physische Macht verfügen bloß die zur Vollstreckung der Gesetze bestellten Organe, und nur bei diesen kann der Fall eintreten, daß sie Angriffsobjekt einer Verletzung werden können.

[24]) M. E. geht Binding darin zu weit, wenn er sagt, daß, wenn das Verbrechen das Gesetz wirklich verletzen könnte, dieses durch eine Summe von Verbrechen allmählich vernichtet werden müßte, ja er setzt sich in Widerspruch mit seiner Behauptung selbst, daß das Gesetz als Wille in Erscheinung trete, dieser aber unverletzlich sei.

Das von Binding gewonnene Resultat läßt sich somit zusammenfassen in der Formel: „Gesetz = Wille; Wille = unverletzlich; folglich: Gesetz = unverletzlich."

Eine vermittelnde Ansicht vertritt Hold v. Ferneck[25]). Um eine Zweideutigkeit des Ausdruckes „rechtswidrig" zum vornherein zu vermeiden, bezeichnet er das, was wider das objektive Recht verläuft, als „normwidrig", und beschränkt die Bezeichnung „rechtswidrig" zunächst auf das, was sich wider ein subjektives Recht richtet. Gleichzeitig erbringt er aber den Nachweis, daß auch dieser Ausdruck, zur Bezeichnung dessen, was wider die subjektiven Rechte verstößt, ungenau sei, und verlangt, daß das „rechtswidrig" überall in den Verbrechensdefinitionen, die ihn aufgenommen haben, durch die zutreffendere Bezeichnung „pflichtwidrig" zu ersetzen sei. „Nicht alle Verbrechen" — so führt Hold v. Ferneck aus — „laufen einem subjektiven Rechte zuwider. Dagegen verletzt jeder, der ein Verbrechen begeht, unwidersprechlich eine Pflicht." Wegleitend ist für ihn die Erwägung, daß das subjektive Recht ausschließlich darin besteht, daß ein anderer Mensch verpflichtet ist, das Recht somit ausschließlich für den Verpflichteten besteht, und auch nur dieser diesem Rechte zuwiderhandeln kann[26]).

Hold v. Ferneck vertritt also weder einseitig die objektive, noch die subjektive Rechtswidrigkeit, sondern er wendet sich vielmehr dagegen, daß der Begriff der Rechts-, bezw. Pflichtwidrigkeit in eine objektive und eine subjektive Seite geteilt werden könne, indem das Recht durch seine Innerlichkeit als Motiv auf die äußere Betätigung einwirke, beide also notwendigerweise eine Einheit, eben das Recht als solches, bilden. Er bezeichnet eine Handlung, die einem subjektiven Rechte zuwiderläuft, ohne dem objektiven Rechte zu widerstreiten, als ein Unding.

Was Hold v. Ferneck zu dem Resultate gelangen ließ,

---

[25]) Hold v. Ferneck, a. a. O. 149 und 276 ff.

[26]) Hold v. Ferneck gibt folgende Definition des subjektiven Rechtes (a. a. O. 117): „Subjektiv berechtigt sein heißt, dadurch eine Macht über einen Menschen üben, daß dieser durch ein Motiv von einem Tun abgehalten wird, das einem Interesse zuwiderläuft, welches der Gesetzgeber zu schützen strebt, und zwar durch ein Motiv, das, wenn man alle Fälle überblickt, die pflichtwidrige Betätigung wenigstens regelmäßig hintanhält".

daß die Rechtswidrigkeit eine Verletzung nicht nur des subjektiven, sondern zugleich auch des objektiven Rechtes bewirke, ist der Umstand, daß er die Untersuchung unter einer andern Voraussetzung durchgeführt hat als die früher zitierten Autoren. Diese glaubten eine scharfe Abgrenzung zwischen dem objektiven und dem subjektiven Rechte vornehmen zu müssen, während Hold v. Ferneck das Recht als ein ineinandergreifendes, harmonisches Ganzes aufgefaßt wissen will. Es ist nun ohne weiteres klar, daß ein sich Nähern der Gegensätze so lange nicht möglich war, als konsequent die Ansicht vertreten wurde, daß sich die Rechtswidrigkeit entweder als Verneinung nur des objektiven, oder als Verneinung nur des subjektiven Rechts äußern müsse, so lange nicht, als das tertium non datur für eine Selbstverständlichkeit gehalten wurde.

Wir erklären uns grundsätzlich mit Hold v. Ferneck einverstanden, nicht nur deshalb, weil er den Mut aufgebracht hat, mit der traditionellen Anschauung von der konsequenten Zweiteilung des Rechts in eine objektive und eine subjektive Seite zu brechen, sondern vornehmlich aus dem Grunde, weil seine Begründung auch in sachlicher Hinsicht zu überzeugen vermag. Wenn wir uns nicht zu einer der andern Theorien bekennen können, so liegt dies, was die Theorie Bindings betrifft, daran, daß sie sich nicht auf alle vorkommenden Fälle gleichmäßig ausdehnen läßt; hierin liegt jedenfalls ihre größte Schwäche. Und anderseits kann der von Merkel u. a. aufgestellten Theorie nicht mit voller Überzeugung beigepflichtet werden, weil sie ein wesentliches Moment nicht in Berücksichtigung gezogen hat, nämlich das einer jeden Rechtsordnung eigentümliche Zweckmoment. Eine Rechtsordnung — davon ist auszugehen — verfolgt nie Selbstzweck, sie besteht nicht um ihrer selbst willen, sondern vielmehr deshalb, damit in ihr ein Mittel erblickt werde, um die Interessen der ihr unterstehenden Individuen gegeneinander zu schützen. Sie will verhüten, daß Hab und Gut, Freiheit und körperliche Unversehrtheit des Einzelnen der Willkür Anderer preisgegeben sei. Sie enthält, mit M. E. Mayer gesprochen, Garantien, indem der Staat dem Bürger zusagt, er (der Staat) werde bestimmte Interessen und Pflichten als solche anerkennen und seine Macht zur Wahrung derselben zur

Verfügung stellen[27]). Es erübrigt sich besonders hervorzuheben, daß nur solche Interessen geschützt werden, die eines besonderen staatlichen Schutzes würdig sind, diese aber ausnahmslos. Aus dem Gesagten erhellt, daß es nicht richtig sein kann, wenn schlechthin behauptet wird, das Unrecht verletze nur die Rechtsordnung, nicht aber die subjektiven Interessen des Einzelnen, welche zu schützen sie bestrebt ist. Ein Angriff auf die Rechtsordnung hat grundsätzlich einen Angriff auf diese geschützten Interessen zur Folge. Grundsätzlich sagen wir, zwei Ausnahmen nämlich sind denkbar. Diese sind gegeben einmal durch den Fall, daß eine Gesetzesbestimmung nicht den Schutz eines subjektiven Rechts bezweckt, sondern lediglich die Aufrechterhaltung oder Verhinderung eines Zustandes. Dann aber auch durch die weitere Erscheinung, daß durch eine vorgenommene Handlung ein subjektives Recht getroffen werden will, der gewünschte Erfolg jedoch nicht eintritt, daß es, m. a. W., beim Versuche bleibt, dieser aber dennoch bestraft wird. In einem solchen Falle kann nun keineswegs die Rede sein davon, daß durch die vorgenommene Handlung ein subjektives Recht getroffen worden sei; wenn aber der Täter dennoch unter die Strafverfolgung fällt, so kann dies seinen Grund nur darin haben, daß seine Handlung als ein Angriff auf die Rechtsordnung gedacht wird, und diese Gesetzesverletzung somit strafwürdig erscheint.

Zum Schlusse sagen wir: wie es ein Unding genannt werden muß, wenn behauptet wird, daß eine Handlung einem subjektiven Rechte zuwiderläuft, ohne dem objektiven Rechte zu widerstreiten, ebenso kann es nicht für richtig gehalten werden, wenn die Ansicht vertreten wird, daß eine Handlung nur und in allen Fällen die Rechtsordnung verletzt, nie aber subjektive Rechte. Eine allen Fällen Rechnung tragende Formel läßt sich allerdings nicht aufstellen, sondern es sind jeweilen die Tatumstände dafür maßgebend, ob sich die Rechtswidrigkeit sowohl gegen das objektive und subjektive Recht, oder gegebenenfalls nur gegen das objektive Recht richtet.

---

[27]) M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 49.

III. Objektives und subjektives Unrecht.

Der vorliegende Abschnitt handelt vom sog. „objektiven" und „subjektiven Unrecht" in seiner eigentlichen Bedeutung[28]). Diese Bezeichnung, an der wir im folgenden festhalten werden, stammt von Jhering[29]). Als Synonyma finden sich in der Literatur z. B. die Bezeichnungen „ungewolltes", bezw. „böswilliges" (Trendelenburg)[30]) und „unverschuldetes", bezw. „schuldhaftes Unrecht" (Hälschner)[31]) vor.

Eine zum vornherein allgemein gültige, auf alle Fälle gleichmäßig ausdehnbare Begriffsumschreibung des objektiven und subjektiven Unrechts zu geben, ist, wie die folgenden Darlegungen zeigen werden, nicht wohl möglich. Innerhalb der Lehre von den beiden Unrechtsformen machen sich Abstufungen geltend, die auf die nähere Begriffsbestimmung von Einfluß sind. Wir begnügen uns daher, die beiden Grenzfälle zu Ausgangspunkten zu nehmen, und umschreiben demnach das objektive Unrecht als die Rechtswidrigkeit, die überhaupt begangen wird, gleichgültig von wem, sei es vom Menschen, auch vom unzurechnungsfähigen, sei es von Tieren oder gar von Naturgewalten, wie Schnee und Hagel, Wind und Blitz; anderseits begreift das subjektive Unrecht diejenige Rechtswidrigkeit in sich, als deren Urheber der Mensch allein in Betracht kommt, und zwar nur der im Moment der Begehung der Tat zurechnungsfähige Mensch.

Es ist allgemeine Auffassung[32]), daß das Verdienst, die Theorie vom subjektiven Unrecht erhärtet zu haben, Merkel zukommt. Merkel geht aus vom Recht als einem Inbegriff von Geboten und Verboten rechtlichen Charakters, die sich an den Willen des zurechnungsfähigen Menschen richten. Da er den Willen als das einzige die Rechtswidrigkeit auslösende Moment anerkennt, gelangt er zu der notwendigen Folgerung, daß Naturgewalten, und mensch-

---

[28]) Vgl. oben II, Anm. 13.

[29]) Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 5; vgl. insbes. Anm. 1.

[30]) Trendelenburg, Naturrecht, 121.

[31]) Hälschner, a. a. O. 24 und GS **28**, 402.

[32]) So weisen z. B. darauf hin Hälschner, GS **21**, 16; Jhering, a. a. O. 5; Janka, Notstand, 37.

liche Tätigkeit, die sich nicht auf einen bestimmten Willen zurückführen läßt, nie in Beziehung zu begangenem „Unrecht" gebracht werden können [33]). Die Diskrepanz, die zwischen der willenlosen Naturgewalt und dem unzurechnungsfähigen, aber in der Regel doch eines Willens fähigen Menschen besteht [34]), überbrückt Merkel damit, daß er in rechtlicher Hinsicht nur eine Art des menschlichen Willens anerkennt, den sog. intelligibeln Willen; danach ist z. B. der geistig Umnachtete — er bezeichnet ihn als „Repräsentant einer Summe natürlicher Kräfte" — der Naturgewalt gleichzustellen, indem beide durch eben diese natürlichen Kräfte in ihren Handlungen geleitet werden [35]). Aus seinen Ausführungen geht also hervor, daß Subjekt des Unrechts nur sein kann, wer für seine Handlungen verantwortlich gemacht werden kann, m. a. W., wer schuldig ist.

Ebenso entschieden äußert sich Hold v. Ferneck [36]): „Die Norm wendet sich nur an prinzipiell taugliche Befehlsempfänger, und zwar nur dann, wenn sie sich in einem subjektiven Zustande befinden, der es ermöglicht, ihnen die Handlung zuzurechnen. Darnach ist rechtswidrig nur die zurechenbare Betätigung [37])."

---

[33]) Merkel, a. a. O. 43 f.

[34]) Ein Irrtum ist m. E. Merkel darin unterlaufen, daß er im Zusammenhange dem sog. unzurechnungsfähigen Menschen die Geistestätigkeit des Willens überhaupt abspricht: „Das betreffende Individuum erscheint hier als Urheber des Ereignisses nicht als denkendes und wollendes, sich verantwortlich wissendes Wesen". Doch lassen seine weitern Ausführungen erkennen, daß er auch hier einen Willen annimmt, sonst würde er den Willen des zurechnungsfähigen Menschen nicht als einen intelligibeln bezeichnen, sondern es gäbe dann überhaupt nur eine Art des Willens, den des zurechnungsfähigen Menschen. Es muß in der Tat auch beim Unzurechnungsfähigen ein Wille angenommen werden; nur sind hier die Vorstellungen, durch die er bestimmt wird, wesentlich andere als beim zurechnungsfähigen Individuum.

[35]) Merkel, a. a. O. 46 f.

[36]) Hold v. Ferneck, a. a. O. 361.

[37]) Ebenfalls zur subjektiven Rechtswidrigkeit bekennen sich: Allfeld, a. a. O. 176; Baumgarten, Aufbau der Verbrechenslehre, 114 ff., 124 ff.; Berner, a. a. O. 121; Holer, Die Einwilligung des Verletzten, 15; Janka, a. a. O. 37; Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 56 f.; v. Liszt, a. a. O. 116 f.; Merkel, Lehrbuch, 23 und 51; Stooß, ZStrW **24**, 331 f.; Sjögren, in Jherings Jahrbüchern **35**, 372; Unger, System des österreichischen Privatrechts, **2**, 230 f.

Jhering[38]) tritt als Widersacher Merkels auf, insofern, als er das Unrecht vom menschlichen Willen abhängig macht, nicht aber vom Schuldmoment. Jhering anerkennt die Machtlosigkeit gegenüber den Naturelementen, jedoch erblickt er in den durch dieselben angerichteten Verwüstungen keine Verletzung des Rechts, sondern bloß des Gegenstandes an sich: den losgelösten Naturelementen fehlt der Wille nicht nur eine Rechtsverletzung zu begehen, sondern überhaupt eine Verwüstung anzurichten. Anders dagegen z. B. beim bonae fidei possessor: ihn trifft auch kein Verschulden, wenn er eine Sache ohne Rechtsgrund in Besitz hat, ein Recht dazu jedoch zu haben glaubt, wohl aber hat er den Willen, die Sache zu besitzen. Kann nun, hierin liegt nach Jhering das punctum saliens, gegenüber den Naturkräften keine rechtliche Maßnahme ergriffen werden, weil ihre Wirkungen mit dem Rechte überhaupt nicht in Zusammenhang gebracht werden können, so ist dies anderseits im letzterwähnten Falle wohl möglich, indem hier der bonae fidei possessor, dadurch, daß er eine fremde Sache ohne Rechtstitel in Besitz hat, das Recht des Eigentümers oder sonstwie Berechtigten damit angreift, also dessen „Recht in die Schranken ruft". Das Recht des Eigentümers, bezw. des Berechtigten überhaupt, und der Wille des bonae fidei possessor stehen in Beziehung zueinander[39]).

Am ausgeprägtesten findet sich die objektive Rechtswidrigkeit von Binding vertreten. Er sagt[40]): „Schlechterdings unzulässig ist die Behauptung, alle Rechtsverletzung habe ihre Ursache in der menschlichen Handlung, oder abgeschwächt mindestens in der Betätigung menschlichen Willens, auch wenn sie keine Handlung sei. Was dem Delikte wesentlich ist, ist es nicht allem Unrechte.

Die praktische Seite meines Eigentumsrechts nimmt ganz die gleiche verkümmerte Gestalt an, mag ein unbekannter Gutgläubiger, oder ein Dieb oder der Sturm oder meine eigene Unvorsichtigkeit[41])

[38]) Jhering, a. a. O. 6.

[39]) Ähnlich wie Jhering argumentieren auch Hälschner, a. a. O. 17 ff., insbes. 20 und 21, und Kitzinger, a. a. O. 9 ff.

[40]) Binding, a. a. O. 301.

[41]) Auf die Unzulänglichkeit der Behauptung, daß man gegen sich selbst Un-

mir mein Segelboot zunächst auf Nimmerwiedersehen entführen, meinem Gläubigerrechte wird gleichermaßen widersprochen durch den böswilligen Schuldner, der fällige Forderung nicht tilgen will, wie durch den, der es möchte, aber nicht vermag, wie endlich durch den Schuldner, der nicht zahlt, weil er die Schuld nicht kennt. Der Zufall ist also durchaus nicht für alle Unrechtstatbestände untauglicher Urheber [42]).“

Drei Ansichten sind nun laut geworden: Urheber des Unrechts ist 1. nur der Mensch, und zwar nur der schuldige Mensch; 2. nur der Mensch, auch der unschuldige; 3. Mensch, Tiere und Naturgewalten.

Wir stellen uns auf den Boden, den die moderne Strafrechtslehre betreten hat, und bekennen uns damit zur Theorie vom subjektiven Unrecht, anerkennen also als einzigen Urheber begangener Rechtswidrigkeit den im Momente der Tat zurechnungsfähigen Menschen: „Alle Pflichtverletzungen (aber), die der Staat tatsächlich bestraft, sind schuldhafte Handlungen. Unsere Kulturepoche kennt keine Strafe ohne Schuld; daß eine schuldhafte Handlung begangen worden ist, das ist die oberste Voraussetzung für die Verhängung der in den Gesetzen angedrohten Strafen [43]).“

Schuld ist die Verantwortlichkeit des Täters für die von ihm begangene rechtswidrige Handlung [44]). Durch das Moment der Verantwortlichkeit wird eindeutig darauf hingewiesen, daß nur der zurechnungsfähige Mensch Subjekt des Unrechts sein kann, nur der Mensch überhaupt, weil er allein, als vernunftfähiges Wesen, Träger der Verantwortung sein kann; also nicht das Tier, eine vernunftlose, lediglich durch den Instinkt geleitete Kreatur,

---

recht begehen könne, haben Hold v. Ferneck, a. a. O. 367 und Holer, a. a. O. 13, Anm. 1, bereits hingewiesen.

[42]) In der 1. Aufl. seines Werkes über „Die Normen und ihre Übertretung“ ist Binding noch für die subjektive Rechtswidrigkeit eingetreten. Eine Ansichtsänderung an sich ist zu begrüßen, wenn sie einen nach objektivem Ermessen feststellbaren Fortschritt bedeutet. Daß in casu ein Fortschritt nicht erfolgt ist, dürfte kaum angezweifelt werden, indem Binding offensichtlich die primitivere Theorie der höher entwickelten vorgezogen hat.

[43]) M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht, 1 f.

[44]) v. Liszt, a. a. O. 151.

nicht die losbrechenden Naturelemente, die sich unter dem Einflusse des Kausalgesetzes auswirken.

Holer[45]) hat darauf hingewiesen, daß der Ausdruck „schuldloses Unrecht" nur infolge einseitiger Beurteilung des Sachverhalts durch den Verletzten, d. h. durch den gegen seinen Willen oder Wunsch vom Ereignis unmittelbar Betroffenen, geprägt worden sein kann, indem dieser alles, was gegen sein natürliches Empfinden über die „Gerechtigkeit" verstößt, schlechthin als Unrecht bezeichnet. Allein wenn man den Wortschatz der deutschen Sprache immer so verwenden würde, wie es von Grund auf seine Bestimmung ist, so würde der durch die Naturgewalt oder durch ein Tier Geschädigte nicht von erlittenem Unrecht sprechen, sondern, in mehr fatalistischer Weise, von erlittenem Mißgeschick, indem er sich vor Augen hält, daß die Strafgewalt des Staates sich diesen Ereignissen gegenüber ebenso ohnmächtig verhalten muß, wie der unmittelbar davon Betroffene selbst. Tiere und Naturgewalten können Schaden anrichten, nie aber begehen sie Unrecht. Die gleiche Vorstellung muß in mir Platz greifen, wenn mich ein Wahnsinniger angreift; wenn ich Anhänger der Talionsidee bin, werde ich vielleicht mit dem Schicksal hadern, daß Subjekt des Angriffes nicht ein geistig normaler Mensch war, da dieser für seine Tat büssen müßte, währenddem jener ohne Strafe ausgeht, eben deshalb, weil ihm das Verantwortlichkeitsgefühl für seine Tat fehlt. Es mag schließlich noch verständlich erscheinen, wenn sich der einfache Mann aus dem Volke (als Schulbeispiel wird der Landmann genannt, dem der Hagel seine Fluren zerstört) über seine Ausdrucksweise nicht genügend Rechenschaft gibt; daß sich aber Rechtsgelehrte an den Ausdruck vom „schuldlosen Unrecht" klammern konnten, ist unbegreiflich.

IV. Die Rechtswidrigkeit als gesetzliches Tatbestandsmerkmal.

In den einzelnen Strafgesetzbüchern macht sich die Erscheinung geltend, daß das Merkmal der Rechtswidrigkeit in einigen Tatbeständen besonders hervorgehoben ist, in den meisten dagegen

[45]) Holer, a. a. O. 15 f.

nicht. Und zwar ist diese Erscheinung nicht nur älteren Strafgesetzen eigentümlich, sondern selbst der schweizerische Entwurf steht unter ihrem Einfluß. Nebst den vereinzelt vorkommenden Bezeichnungen „rechtswidrig“ [46]), „ohne Recht“ [47]), „pflichtwidrig“ [48]) bedient er sich der Ausdrücke „unrechtmäßig“ [49]), „unberechtigt“ [50]) und „unbefugt“ [51]).

Es versteht sich von selbst, daß überall dort, wo im gesetzlichen Tatbestand das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht besonders erwähnt ist, diese dennoch vorhanden sein muß, damit die mit Strafe angedrohte Handlung bestraft werden kann [52]).

Diese ungleiche Behandlung der einzelnen Gesetzesbestimmungen wurde verschiedentlich zu begründen versucht. Einer dieser Begründungen möchten wir, insofern als sie etwa mit dem schweizerischen Entwurf in Verbindung gebracht werden sollte, gleich zum vornherein entgegentreten. Kaufmann [53]) nämlich vertritt die Ansicht, daß die erwähnte Erscheinung, die sich u. a. auch im Strafgesetzbuch für das deutsche Reich geltend macht, hauptsächlich darauf zurückzuführen sei, daß das betreffende Gesetz in aller Eile ausgearbeitet wurde, sodaß die Redigierung der einzelnen Bestimmungen notwendigerweise darunter habe leiden müssen; mit der Aufnahme des Wortes „rechtswidrig“ in einzelne Tatbestände habe man keinen bestimmten Zweck verfolgt [54]). Hält man sich dagegen vor Augen, daß der schweizerische Entwurf nichts weniger als ein Produkt der Eile genannt werden kann — blickt er doch bald auf eine 40-jährige Entstehungsgeschichte zurück — und vergegen-

---

[46]) E. Art. 256.

[47]) E. Art. 32.

[48]) E. Art. 321.

[49]) E. Art. 120, 122, 123, 127, 129, 157, 161, 213, 217, 220, 222, 253, 276, 278, 281, 299, 326.

[50]) E. Art. 282, 313, 343.

[51]) E. Art. 334, 335, 336.

[52]) Auf die Selbstverständlichkeit dieses Satzes verweist auch Zürcher, Erläuterungen 1908, 50.

[53]) Kaufmann, Das Züchtigungsrecht der Eltern und Erzieher, 24 f.

[54]) Auch v. Cleric, JZ **10**, 267, und Allfeld, a. a. O. 179 äußern sich in dem Sinne, daß die Aufnahme des Wortes „rechtswidrig“ in einzelne Tatbestände in mehr oder weniger willkürlicher Weise erfolgt sei.

wärtigt man sich ferner, daß er eine sorgfältige, tiefgründende Behandlung erfahren hat, so ließe es sich nicht rechtfertigen, wenn angenommen werden sollte, daß das Merkmal der Rechtswidrigkeit seine Existenz in einigen Tatbeständen dem bloßen Zufalle zu verdanken habe.

Vielfach angegriffen und widerlegt, so namentlich von Kohlrausch[55]), wurde die Erklärung v. Liszts[56]), wonach überall dort, wo der Gesetzgeber das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand eines Verbrechens aufgenommen hat, der Vorsatz, der die Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale verlange, ebenfalls das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung haben müsse. Wenn von dieser Annahme ausgegangen wird, so ergibt sich die Folgerung, daß ein Täter, der sich der Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht bewußt ist, straffrei ausgeht — ein Resultat, dessen Verwirklichung unhaltbare Konsequenzen nach sich ziehen müßte. Ein Beispiel möge dies erläutern. Einige Gesetzgebungen haben in den Tatbestand des Mordes die Rechtswidrigkeit besonders aufgenommen. Wenn sich nun ein Mörder damit exkulpieren kann, daß er sich der Rechtswidrigkeit seiner Tat nicht bewußt gewesen sei (solche Fälle sind sehr wohl denkbar), so muß ihn, wenn die Erklärung v. Liszts richtig ist, der Richter freisprechen. Wo ließe sich aber wohl eine angesehene Justiz finden, die so urteilen würde; hieße dies nicht das Volksempfinden ernstlich verletzen, und würden damit nicht dem Verbrechen des Mordes Tore und Wege geöffnet? v. Liszt selbst ist sich offenbar der Unzulänglichkeit seiner Behauptung bewußt, indem er darin, daß im Gegenentwurf von 1911 das „rechtswidrig" in sämtlichen Verbrechenstatbeständen gestrichen wurde[57]), eine folgerichtige Konsequenz erblickt[58]).

Hören wir demgegenüber was Stooß, der Verfasser des

---

[55]) Kohlrausch, Die Lehre vom Rechtsirrtum, 72 ff.

[56]) v. Liszt, a. a. O. 174 f.

[57]) Auch Heimberger, VD A 4, 13 ist für die Streichung der Rechtswidrigkeit eingetreten, weil er in ihrer Beibehaltung keinen vernünftigen Zweck zu erblicken vermag.

[58]) v. Liszt, a. a. O. 174, Anm. 3.

schweizerischen Entwurfes, sagt[59]). In seiner Eigenschaft als Gesetzgeber ist er wohl am besten in der Lage, für diese Erscheinung eine hinreichende Erklärung abzugeben. So sagt Stooß: „Wenn der Gesetzgeber das Wort „rechtswidrig" in einen gesetzlichen Tatbestand aufnimmt, so verbindet er damit keineswegs die Meinung, der Täter solle nur bestraft werden, wenn er sich bewußt war, daß er gesetzwidrig handle. Es ist, wie ich aus eigener Erfahrung weiß, eine Frage technischer Zweckmäßigkeit, ob das Wort rechtswidrig in diesem Sinne einem gesetzlichen Tatbestand beigefügt werde[60])."

Diese technische Zweckmäßigkeit, von der Stooß spricht, tritt darin zutage, daß das Wort „rechtswidrig" nur in solchen Tatbeständen besonders hervorgehoben ist, die eine Handlung umschreiben, welche, wenn bestimmte Voraussetzungen hinzutreten, als rechtmäßige behandelt werden müssen. Der Richter wird also in jedem solchen Falle durch das Gesetz speziell dazu aufgefordert, sich nach dem Vorhandensein solcher Umstände genau zu vergewissern. Nun kann allerdings der Einwand erhoben werden, daß in Art. 31 E., welcher bestimmt, daß die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, kein Vergehen darstelle, ein genügender Hinweis auf die Rechtmäßigkeit solcher Handlungen enthalten sei, daß es also dieser besondern Hinweise gar nicht mehr bedurft hätte. Dies ist grundsätzlich richtig, und diese Duplizität müßte für unnötig empfunden werden, wenn durchwegs iuristisch vorgebildete Richter zur Handhabung des Gesetzes berufen würden. Da wo aber auch Laienrichter in den Fall kommen, ein Gesetz anwenden zu müssen, wie es in der Schweiz nicht selten der Fall ist, kann es nur von Vorteil sein, wenn sich neben der Bestimmung des Art. 31 E., die sich im allgemeinen Teil vorfindet und daher der Aufmerksamkeit des Richters leicht entgehen dürfte, spezielle Vermerke in den einzelnen Tatbeständen vorfinden.

Die Ansicht also, daß lediglich die sog. technische Zweckmäßigkeit den Grund für die Aufnahme der Rechtswidrigkeit in gewisse Tatbestände bilde, machen wir auch zu der unsern; sie

[59]) Vgl. zu dieser Frage die Ausführungen von Stooß, ZStrW **24**, 328 ff. und Z **10**, 351 ff.

[60]) Stooß, Z **10**, 363.

ist überzeugend und für ihre Richtigkeit bietet der schon erwähnte Umstand Gewähr, daß sie von einem Gesetzgeber selbst stammt, von einer Person also, die begründet, was sie selbst geschaffen.

§ 2. Zur Entstehung des Art. 31 E.

Diese Bestimmung hat im Laufe der Zeit manche Wandlung durchgemacht. Der erste Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von 1893 nahm lediglich die in Notwehr und Notstand begangenen Handlungen von Strafe aus. Die erste Anregung zur Erweiterung des Kreises rechtmäßiger Handlungen ging aus von Gabuzzi, der in der Expertenkommission von 1896[1]) zunächst beantragte, es sei eine Bestimmung aufzunehmen, wonach derjenige, welcher eine Handlung auf Befehl vorgenommen hat, für diese nicht verantwortlich gemacht werden dürfe; dieser Antrag wurde dann, auf ein Votum von Gretener hin, dahin erweitert, daß auch derjenige straflos bleiben müsse, der eine Handlung begeht, welche das Gesetz vorschreibt („Celui qui a commis un délit en exécutant la loi ou en obéissant à un ordre donné par le magistrat ou le fonctionnaire compétant, peut être, selon les circonstances, libéré de toute peine"). Entgegen diesem Antrage führte Stooß aus, daß es nicht wohl angehe, eine Person, die, in Ausführung eines Befehls ihres Vorgesetzten, ein Verbrechen begehe und den deliktischen Charakter dieser Handlung erkenne, freizusprechen. Wohl aber könne sie milder bestraft werden gemäß Art. 37, welcher diesen Fall ausdrücklich vorsehe[2]). Auch Zürcher nimmt gegen den Antrag Gabuzzi Stellung, indem er ausführt, daß Straflosigkeit desjenigen, der auf Befehl eine kriminelle Handlung begangen und schuldhafterweise deren Rechtmäßigkeit nicht geprüft habe, in Widerspruch stehe mit unseren

[1]) Vgl. Verhandlungen der Expertenkommission von 1896 über den Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch, 1, 109 f. und 114 ff.

[2]) Art. 37 VE 1893: „Die Strafe kann gemildert werden: Wenn der Schuldige das Verbrechen ... unter dem Eindruck einer Drohung oder des Befehls einer Person, von der er abhängig ist ... begangen hat".

staatsrechtlichen Grundsätzen und unserer republikanischen Auffassung. Anderseits erblickt er darin, daß der Versuch der Anstiftung unter Strafe gestellt sei, ein hinreichendes Mittel, um den Untergebenen gegenüber seinem Vorgesetzten zu schützen. Der Antrag Gabuzzi wurde, ohne daß der Passus betreffend die strafausschließende Wirkung einer kraft gesetzlicher Vorschrift vorgenommenen Handlung überhaupt diskutiert worden wäre, abgelehnt. Trotzdem legte nun Stooß der Kommission anläßlich der zweiten Lesung des Vorentwurfes [3]) einen neuen Art. 18 vor, des Inhalts, daß, wenn jemand ein Verbrechen auf Befehl oder auf Weisung einer Person begehe, der er untergeben sei, die Strafe unbeschränkt gemildert werden könne, ohne daß dadurch die Strafbarkeit der Person, die den Befehl oder die Weisung erteilt habe, berührt werde. Stooß war nämlich der Ansicht, daß es der allgemeine Wille der Kommission sei, daß eine solche Bestimmung aufgenommen werde, wenn auch nicht in der von Gabuzzi beantragten Formulierung [4]). Gleichwohl aber beantragt er Streichung dieses Artikels und Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung in Art. 37. Der Unterschied liegt darin, daß nach Art. 18 eine unbeschränkte Strafmilderung eintreten könnte, nach Art. 37 jedoch nur eine beschränkte, nach einem von Gesetzes wegen festgelegten Strafumwandelungsmodus. In diesem Sinne faßte die Kommission Beschluß.

Im Vorentwurfe von 1896 ist an Stelle des Art. 18 eine neue Bestimmung mit folgendem Wortlaut aufgenommen worden: „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat befugter Weise ausführt, ist nicht strafbar.“ Damit soll gesagt sein, daß jemand eine an sich strafbare Handlung vornehmen kann, ohne unter Strafandrohung zu fallen, wenn er dazu besonders berechtigt ist. Solche Befugnisse können auch aus andern Gesetzen als nur dem Strafgesetze abgeleitet werden [5]). Stooß weist darauf hin [6]), daß dieser Gedanke

---

[3]) Vgl. Verhandlungen der Expertenkommission von 1896 über den Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch, **2**, 400 ff.

[4]) Dementsprechend wurde Al. 3 in Art. 37 gestrichen.

[5]) So z. B. aus dem Privatrecht; vgl. ZGB Art. 278; OR Art. 52.

[6]) Vgl. Stooß, Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission (1899), 40 ff.

in engem Zusammenhange stehe mit dem ersten Satze des Entwurfes: „Strafbar ist nur, wer eine Handlung begeht, die gesetzlich mit Strafe bedroht ist", und er würde es für zweckmäßig erachten, wenn folgende Einschränkung in das Gesetz aufgenommen würde: „Die Handlung ist jedoch von der Strafdrohung ausgenommen, wenn sie ein Gesetz ausnahmsweise gebietet, erlaubt oder straflos erklärt" [7]). Der Antrag S t o o ß wurde von der Kommission realisiert [8]).

Nicht nur können, wie schon erwähnt wurde, nebst dem Strafgesetz auch andere Gesetze solche spezielle Befugnisse aufstellen, sondern es ist auch nicht unbedingt notwendig, daß es ein schweizerisches Gesetz sein muß, nämlich dann nicht, wenn das Gesetzgebungsrecht über eine bestimmte Materie den Kantonen zusteht. Wohl auf diese Überlegung ist es zurückzuführen, wenn der Vorentwurf von 1908 die Abweichung enthält, daß in Art. 25 die Worte „ein Gesetz" durch „das Recht" ersetzt worden sind [9]). Aber bereits in der neuen Fassung des Vorentwurfes vom gleichen Jahre war man im Prinzip auf den status quo ante zurückgekehrt, mit der unglücklichen Abweichung allerdings, daß es in Art. 25 nicht mehr hieß „ein Gesetz", sondern „das Gesetz" [10]). Damit könnte nun fälschlicherweise die Ansicht verbunden werden, als ob nur das vorliegende Strafgesetz gemeint sei, nicht aber auch andere Gesetze.

Eine wesentliche Erweiterung erhielt jedoch Art. 25, indem nun auch die infolge einer Amts- oder Berufspflicht vorgenommene Handlung zu einer rechtmäßigen erklärt wird. Diese Fassung wurde, trotz vielfacher Anfechtung, in der Folge beibehalten, so in Art. 33 der Vorentwürfe von 1915 und 1916, in Art. 31 des Entwurfes vom 23. Juli 1918 und schließlich wurde sie auch vom Nationalrate angenommen [11]) [12]).

---

[7]) Damit wurde also der erstmals von G a b u z z i, bezw. G r e t e n e r zum Ausdruck gebrachte Gedanke wieder aufgenommen.

[8]) Vgl. Protokoll über die Verhandlungen der Expertenkommission von 1901, Art. 18.

[9]) „Jus generale nomen est, lex autem iuris est species" (Decr. Grat. c, 2, Dist. 1).

[10]) Diese mißverständliche Fassung wurde auch noch im Entwurfe von 1918 beibehalten.

[11]) Vgl. Nationalrat, Stenographische Verhandlungsberichte, Frühjahrssession 1928, 99 f.

§ 3. Die Amtspflicht.

Über die Amtspflicht als solche sei lediglich folgendes bemerkt.

1. Es wurde verschiedentlich erwähnt[1]), daß die Einbeziehung dieses Begriffes als überflüssig erachtet werden müsse, nachdem bereits die kraft gesetzlicher Vorschrift vorgenommene Handlung von der Strafdrohung ausgenommen wurde. In der Begründung wurde ausgeführt, daß eine Amtspflicht, die sich nicht bereits aus einem Gesetze ableiten lasse, undenkbar sei. Dies ist an sich richtig. Dabei wurde aber außer Acht gelassen, daß nicht jede Amtspflicht durch ein Gesetz im technischen Sinne begründet wird, daß es vielmehr daneben eine unübersehbare Anzahl von Verwaltungsvorschriften gibt, welche ebenfalls die Funktionen eines Beamteten regeln[2]). Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, kann die Aufnahme des Begriffs der Amtspflicht als strafausschließende Tatsache nur begrüßt werden, indem dem Richter keine Zweifel darüber aufkommen können, ob eine Handlung, die sich bloß aus einer Verwaltungsvorschrift ableiten läßt, auch eine rechtmäßige sei.

2. Die Beantwortung der Frage, wer Träger eines Amtes sei,

---

[12]) Übersicht: 1. Der VE 1893: Art. 17 und 18 handeln lediglich von Notwehr und Notstand. 2. VE 1896: Art. 18: „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat befugter Weise ausführt, ist nicht strafbar". 3. VE Juni 1903: Art. 23: „Die Tat, die ein Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen gebietet, erlaubt oder straflos erklärt, ist in diesen Fällen kein Verbrechen". 4. VE Februar 1908: Art. 25: „Die Tat, die das Recht unter bestimmten Voraussetzungen gebietet, erlaubt oder für straflos erklärt, ist in diesen Fällen kein Verbrechen". 5. VE April 1908: Art. 25: „Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht unter bestimmten Voraussetzungen gebietet oder erlaubt oder die das Gesetz für straflos erklärt, ist in diesen Fällen kein Verbrechen". 6. VE August 1915: Art. 33: „Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Vergehen". 7. VE Oktober 1916: Art. 33: „Die Tat, die ein Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Vergehen". 8. E Juli 1918: Art. 31 :„Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Vergehen".

[1]) So z. B. von Stooß, Z 23, 310.

[2]) Darauf hat auch schon Kleinfeller, VD A 1, 273 aufmerksam gemacht.

läßt sich aus dem Entwurfe selbst entnehmen. Art. 97 Ziff. 4 E. sagt: „Unter Beamten sind verstanden die Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege. Als Beamte gelten auch Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder anstellt sind, oder die vorübergehend amtliche Funktionen ausüben." Aus dieser Bestimmung geht hervor, daß es nicht auf die Dauer und auf die Art des Anstellungsverhältnisses ankommt, ob einer Person die Eigenschaft eines Beamten zukommt, sondern vielmehr darauf, in wessen Dienst sie steht. Der Entwurf stellt also das Erfordernis der Öffentlichkeit des Amtes ausdrücklich auf, im Gegensatze zum Reichsstrafgesetzbuch, welches eine Bestimmung darüber nicht enthält[3]). Durch die Tatsache an sich, daß sich der schweizerische Entwurf über diesen Punkt überhaupt ausspricht, verdient er zweifellos den Vorzug gegenüber dem deutschen Reichsstrafgesetz. Eine andere Frage dagegen ist es, ob die Lösung des schweizerischen Entwurfes zu befriedigen vermag. Nach meiner Ansicht nicht. Denn es wäre zu berücksichtigen gewesen, daß es eine ganze Anzahl von Anstellungsverhältnissen gibt außerhalb einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege, die ebenfalls als sog. Beamtungen anzusprechen sind. Die Träger solcher uneigentlicher Ämter, Beamte und Angestellte i. w. S., werden sich nun gegebenenfalls nie darauf berufen können, einer Amtspflicht im Sinne des Art 31 E. nachgekommen zu sein, wenngleich sie den Beweis dafür erbringen können, daß ihre Stellung es notwendigerweise mit sich bringen mußte, die in Frage stehende Handlung zu begehen. Die Vermutung liegt nahe, wenigstens geht aus den Verhandlungsberichten nichts Gegenteiliges hervor, daß der Begriff der Amtspflicht in den Entwurf aufgenommen wurde, unabhängig von der in Art. 97 Ziff. 4 enthaltenen Begriffsbestimmung. Sonst hätte man sicher darauf aufmerksam werden müssen, daß der Beamtenbegriff eine zu enge Fassung erhalten hat[4]).

---

[3]) So nimmt das Reichsgericht an, daß zum Begriffe des Amtes das Merkmal der Öffentlichkeit nicht unbedingt erforderlich sei, währenddem die Kommentatoren die gegenteilige Ansicht vertreten; vgl. z. B. Franck, Kommentar, § 222, II.

[4]) Dieser Mangel läßt sich jedoch beheben, indem sich Beamte und Angestellte i. w. S. auf eine Berufspflicht berufen können. Vgl. darüber Abh. § 4.

§ 4. Die Berufspflicht.

Wenn in Art. 31 E. die Amts- und Berufspflicht einander gegenübergestellt werden, so geht daraus hervor, daß die beiden Begriffe nicht identisch sind. Unsere Aufgabe ist es nun, zu untersuchen, inwiefern sie sich voneinander unterscheiden. Auf die Literatur können wir uns hiefür nicht stützen, denn überall dort, wo von Amt und Beruf die Rede ist, werden die Unterschiede, welche zwischen diesen beiden Begriffen bestehen, als bekannt vorausgesetzt. Der Amtsbegriff wurde bereits erläutert, er ließ sich aus dem Entwurfe selbst entnehmen. Den Beruf betreffend enthält der Entwurf, wenn man von Art. 285 absehen will, keine Hinweise [1]). Es bietet sich einzig die Möglichkeit, an Hand des Amtsbegriffs negativ festzustellen, was unter den Begriff des Berufes nicht einbezogen werden kann.

Ganz allgemein läßt sich der Beruf umschreiben als jede auf die Dauer ausgeübte menschliche Tätigkeit, mit dem doppelten Zwecke, einerseits — subjektiv — der sie ausübenden Person einen gewissen Lebensinhalt zu verschaffen, und anderseits — objektiv — diese Tätigkeit in den Dienst der Allgemeinheit zu stellen. Mit Absicht sprechen wir nicht von Erwerbstätigkeit [2]), wenn auch zuzugeben ist, daß im Erwerb in der Regel ein weiterer Zweck einer Berufsausübung zu erblicken ist. Aber nicht durchwegs, kommt es doch nicht selten vor, daß sich Personen in uneigennütziger Weise z. B. in den Dienst der Wohltätigkeit stellen, oder daß es sich Gelehrte zur Aufgabe machen, der Wissenschaft zu dienen, ohne dafür Honorierung zu beanspruchen. Diese Begriffsbestimmung ist nun allerdings zu weit gefaßt, als daß sie mit dem Amtsbegriff vergleichsweise in Parallele gesetzt werden könnte; viel-

[1]) Ein allen in Art. 285 E erwähnten Berufsarten gemeinsames Merkmal läßt sich nicht herausfinden, um daraus eine Begriffsbestimmung des Berufes im allgemeinen geben zu können. Die Anführung der einzelnen Berufe ist, von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, willkürlich zu nennen.

[2]) Auch Lotmar, Die Freiheit der Berufswahl, 5 und 25, schreibt dem Merkmal des Erwerbes nicht die Bedeutung eines dem Berufe wesentlichen Begriffsmerkmals zu, wohl aber Naegeli, Bevormundung und beschränkte Handlungsfähigkeit, 101.

mehr läßt sich dieser nur unter jene subsumieren: auch wer ein Amt versieht, übt einen Beruf im angegebenen Sinne aus.

Wir können nun negativ feststellen, daß einen Beruf im Sinne des Art. 31 nicht ausübt, wer sich im Dienste einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege befindet. Hier drängt sich die Frage auf, ob jede andere auf die Dauer ausgeübte menschliche Tätigkeit als Beruf aufzufassen sei. Es darf angenommen werden, daß der Gesetzgeber in Art. 31 E. eine abschließende Regelung treffen, daß er jede als Ausfluß einer beruflichen Tätigkeit i. w. S. erscheinende Pflichthandlung von Strafe ausnehmen wollte. Anderseits aber liegt die Vermutung nahe, daß ein bestimmter Begriff dessen, was Beruf sei, dem Gesetzgeber nicht vorgeschwebt hat, jedenfalls aber nicht der Begriff, wie wir ihn aufgestellt haben, ansonst es sich erübrigt hätte, die Amtspflicht eigens zu erwähnen. Wir halten nun die Annahme, daß Art. 31 E. eine extensive Bedeutung beizumessen sei, für richtig, und schließen daraus, daß jedermann, der sich einer dauernden Tätigkeit hingibt, der aber nicht ein Amt bekleidet, einen Beruf ausübt. Unabhängig von sachlichen Erwägungen, hat diese Folgerung den Vorteil, daß eine gleichmäßige Behandlung aller einen Beruf ausübenden Personen vor dem Gesetz erfolgt[3]). Damit ist auch der engen Fassung des Beamtenbegriffs einerseits, und dem Umstande, daß es Beamtungen gibt, die sich unter diesen Begriff nicht einbeziehen lassen anderseits, Genüge getan. Können sich die Träger solcher Ämter nicht auf eine Amtspflicht berufen, die ihnen eine Handlung vorzunehmen gebot, so bleibt ihnen die Möglichkeit, ihre Tat auf eine Berufspflicht zurückzuführen. Der Erfolg ist in beiden Fällen derselbe. Der Berufsbegriff, von dem wir ausgegangen sind, behält also im wesentlichen seine Geltung bei. Somit ist die Frage berechtigt, ob die Anführung der Berufspflicht in Art. 31 nicht genügt hätte. Auch hier ist wieder von ausschlaggebender Bedeutung, daß die Nebeneinanderstellung der Amts- und Berufspflicht für den Laienrichter von Nutzen sein wird. Dadurch wird vorgebeugt, daß z. B. keine Verwechslung in dem Sinne stattfindet, daß der Beruf dem

[3]) Hätte der Gesetzgeber nebst dem Amte nur bestimmte Berufsarten unter den Begriff des Berufes einbezogen wissen wollen, so hätte er das im Entwurfe ausdrücklich erwähnen und die betreffenden Berufsarten nennen müssen.

Amte gleichgesetzt wird, und nur solche Handlungen von Strafe ausgenommen werden, die auf Grund einer Amtspflicht vorgenommen wurden. Als Beruf im Sinne des Entwurfes bezeichnen wir somit jede auf die Dauer ausgeübte menschliche Tätigkeit, insofern diese nicht durch einen Beamten oder Angestellten einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege vollzogen wird. Es fallen also nicht nur die privat ausgeübten Berufe darunter, wie die des auf eigene Rechnung praktizierenden Arztes, des Advokaten, Kaufmanns, Fabrikanten, sondern auch solche Berufe, die auf Grund eines Anstellungsverhältnisses ausgeübt werden, wie die des Spitalarztes, Geistlichen, Lehrers u. s. w.

Eine solche allgemeine Ausdehnung des Berufsbegriffes ist durchaus berechtigt. Dem Gedanken, daß durch die Aufnahme der Amts- und Berufspflicht eine Ausgleichung geschaffen werden soll, hat übrigens, wenn auch mit anderer Begründung, bereits Zürcher Ausdruck verliehen, wo er sagt[4]): „Wir müssen die Berufspflicht hier aufnehmen. Es gibt eine Reihe von Berufen, die in einem Staate ein Amt bilden, in andern frei ausgeübt werden können; auch wo das letztere zutrifft, soll die Ausnahme auf Grund von Art. 25 gegeben sein.“ Auch sonst geht aus den Protokollen andeutungsweise hervor, daß mit der Aufnahme beider Begriffe nebeneinander einer allgemeinen Regelung Rechnung getragen werden wollte.

Vor allem aber war es eine Berufsart, die für die Aufnahme der Berufspflicht als ausschlaggebend betrachtet werden muß, nämlich der Beruf des Arztes. Verschiedener Eingaben des Ärztestandes[5]) und Postulaten Einzelner[6]), die dahin tendierten, es sei

---

[4]) Protokoll der 2. Expertenkommission 2, 87.

[5]) In einer Eingabe der schweizerischen Ärztekommission vom März 1906, welche zusammenfaßte, was von den Subkommissionen in Basel, Bern, Genf, Lausanne, St. Gallen und Zürich gegen den VE von 1903 eingewendet worden war, kommt zum Ausdruck, daß sich aus einigen Bestimmungen, gemeint waren hauptsächlich die Art. 60 (Tötung), 64 (Abtreibung), 71—73 (Körperverletzung), für die Stellung der Ärzte unhaltbare Konsequenzen ergeben müssen. Es wurde namentlich darauf abgestellt, daß in Juristenkreisen die ärztlichen Handlungen als Körperverletzungen aufgefaßt werden, sodaß kein Arzt sicher sei, nicht von der Strafandrohung der Art. 71—73 erfaßt zu werden. Es muß aber hier ausdrücklich erwähnt werden, daß sich die Kommission gegen die Aufnahme einer

auf die Stellung des Arztes im Entwurfe gebührend Rücksicht zu nehmen, vermochte sich der Gesetzgeber auf die Dauer nicht zu verschließen. Doch wurde er diesen Wünschen nicht in vollem Umfange gerecht, indem er davon absah, einzelne Arten der ärztlichen Eingriffe im speziellen Teile des Entwurfes zu regeln. Er glaubte vielmehr durch die Aufnahme der Berufspflicht eine Regelung getroffen zu haben, die auch für die Ärzte hinreichend sei [7]).

Verwunderlich ist nun, daß man damit zu einer Theorie zurückkehrte, die heute ziemlich verlassen dasteht, die namentlich von ihren Begründern selbst aufgegeben wurde. Lange Zeit dachte man überhaupt nicht daran, den ärztlichen Eingriff begründen zu müssen;

---

gesetzlichen Bestimmung aussprach, die das Berufsrecht für die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe zum Ausgangspunkte haben würde (Eingabe S. 8), mit der Begründung, daß nicht die staatliche Approbation eines Arztes allein einen Freibrief ausstelle zur Vornahme jeder Art von Eingriffen, sondern daß es dabei in hohem Maße auf die persönliche Erfahrung und Tüchtigkeit des einzelnen Arztes ankomme. In dieser Eingabe wurde postuliert, es sei, anschließend an Art. 25 (Notstand) folgender Zusatz aufzunehmen: „Eine Tat ist kein Verbrechen: 1. Wenn sie von einem patentierten Arzte in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft begangen wird und nicht in bewußtem Widerspruche steht mit der freien Willensbestimmung desjenigen, an welchem die Tat begangen wird oder seines gesetzlichen Vertreters, 2. wenn sie von einem patentierten Arzte in Ausübung seines Berufes innerhalb der Regeln der ärztlichen Wissenschaft begangen wird, insoweit als sie zur Rettung eines Anderen aus einer unmittelbaren auf ungefährlichere Weise nicht zu beseitigenden Gefahr für Leib und Leben bestimmt ist".

[6]) Maier, Psychiatrische Bemerkungen zum neuen schweiz. Strafgesetzentwurf, Z 22, 313 stellt noch nicht das Postulat, macht aber schon darauf aufmerksam, daß bei Verbrechern die Möglichkeit der Sterilisation gegeben sein sollte; ferner sollte die künstliche Fruchtabtreibung unter gewissen Umständen, z. B. infolge von Vergewaltigung eingetretener Schwangerschaft, gegeben sein. — Ebenso tritt Good, Ein psychiatrisches Postulat an das schweiz. Strafgesetz, Z 23, 257 ff., insbes. 277 f. für die Sterilisation Geisteskranker und Trunksüchtiger ein, auf Grund sozialer Indikation, und verlangt, daß dies durch eine Gesetzesbestimmung ausdrücklich zu gestatten sei. — Oberholzer, Dauernde Anstaltsversorgung oder Sterilisierung?, Z 25, 54 ff. legt an Hand eines praktischen Falles dar, daß Sterilisierung das einzige Mittel sei, um, wie die Umstände in casu liegen, dem blutschänderischen Beischlaf zu steuern, vermißt aber eine gesetzliche Norm, die einen solchen Eingriff erlauben würde.

[7]) Zürcher, (Protokoll der 2. Exp.Komm. 1, 181): „Mit dieser allgemeinen Bestimmung (VE April 1908, Art. 25) sollten auch die Ärzte, die ursprünglich einen besonderen Berechtigungsparagraphen wünschten, zufrieden sein".

es war eine Selbstverständlichkeit, daß der nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft vorgenommene Heileingriff, auch wenn er, nach älterer und noch heute zum Teil vertretener Ansicht, eine Körperverletzung zur Folge hatte, von Strafe auszunehmen sei. Die erste Rechtfertigung erfuhr nun die ärztliche Tätigkeit durch die erwähnte Theorie vom Berufsrecht. Bald aber begann man an deren Zulänglichkeit zu zweifeln, und so kam es, daß sich Theorie an Theorie reihte, die, jede für sich, das Verdienst beanspruchte, der Begründung der Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe gerecht geworden zu sein. Der Umstand allein aber, daß die Theorie vom Berufsrecht längst überholt ist, hätte davor warnen sollen, sie in den Entwurf aufzunehmen.

Wie schon erwähnt, statuiert Art. 31 E. eine allgemeine Berufspflicht; d. h. jede Handlung, die sich als Ausfluß einer im oberwähnten Sinne beruflichen Tätigkeit ergibt, ist grundsätzlich rechtmäßig. Dies ist die Grundidee der Theorie vom Berufsrecht. Bevor wir nun die Anwendbarkeit dieser Lehre auf den Hauptfall, den ärztlichen Beruf, prüfen, ist zu untersuchen, wie die Berufspflicht des Art. 31 E. konkret zu fassen ist, m. a. W., die Untersuchung gilt der Frage, welche Berufshandlungen es im einzelnen sind, deren Straflosigkeit der Gesetzgeber postulieren wollte. Soviel geht aus der erwähnten Bestimmung mit Sicherheit hervor, daß nur Handlungen in Betracht fallen, die, wenn sie nicht in Ausübung einer Berufspflicht vorgenommen würden, strafbar wären. Von allen andern, a priori rechtmäßigen Handlungen versteht sich die Straflosigkeit von selbst. Dadurch ergibt sich, daß dem Berufe eine dem Gesetze übergeordnete Machstellung eingeräumt wird. Was für Konsequenzen eine solche Regelung notwendigerweise nach sich ziehen muß, liegt auf der Hand: dadurch gibt sich das Gesetz selbst preis; der Rechtsunsicherheit überhaupt, und, dadurch bedingt, der willkürlichen Auslieferung des Einzelnen an seine Mitmenschen, sind Tore und Wege geöffnet. Solange nämlich über den Inhalt und die Grenzen eines Berufes keine Normen bestehen, diese beiden Faktoren vielmehr auf subjektiven Anschauungen des betreffenden Berufsstandes basieren, ist die Sicherheit des einzelnen Bürgers gefährdet. Für die homogene Ausübung eines Berufes bietet die allenfalls bestehende, auf Autonomie beruhende Organisation eines

Berufsstandes keine Gewähr. Es liegt in der Natur der Sache begründet, daß jede Berufsart — mehr oder weniger — auf Ausbreitung ihrer Kompetenzen und ihrer Machtstellung bedacht ist, sodaß der Richter an der Gesamtheit ihrer Vertreter keinen Rückhalt finden würde. Wir sind weit davon entfernt zu behaupten, daß solche Auswüchse die Regel bilden werden, doch können wir uns anderseits nicht verhehlen, daß mit ihrer Möglichkeit gerechnet werden muß.

In Carl Stooß ist der vorliegenden Bestimmung denn auch der heftigste Widersacher entstanden. Seine Argumente, zu denen wir uns durchwegs bekennen, sind die folgenden[8]). Stooß nimmt zum Ausgangspunkte die schon erwähnte, und keiner weitern Begründung bedürfende Tatsache, daß nie ein Beruf sich in dem Sinne auswirken darf, daß es gegen das Gesetz verstößt. Kommen solche Verstöße dennoch vor, so hat der Betreffende die Folgen seines Handelns zu tragen. Die Eigenschaft als Vertreter eines bestimmten Berufes privilegiert ihn nicht. Wäre dies der Fall, so würde das Gesetz zu einer Illusion. Auch Stooß, angeregt durch die Schrift Hafters, „Mutterschutz und Strafrecht“[9]), schwebt der Hauptfall des ärztlichen Berufes vor. Er sagt hierüber: „... die Autorität der medizinischen Wissenschaft findet ihre Grenze an dem Strafgesetz. Wenn das Gesetz die Abtreibung als Verbrechen bedroht, so kann nur das Gesetz Ausnahmen von dem gesetzlichen Tatbestand begründen... Die medizinische Wissenschaft hat nicht die Macht, sonst strafbare Handlungen unter bestimmten Voraussetzungen[10]) zu gebieten oder zu erlauben; sie kann nur lehren,

[8]) Vgl. Stooß, Der gesetzliche Tatbestand und seine Ausnahmen, Z 23, 309 ff., insbes. 310 f.

[9]) Vgl. Hafter, Mutterschutz und Strafrecht, 11 ff.

[10]) Art. 25 VE 1908 lautete: „Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht unter bestimmten Voraussetzungen gebietet oder erlaubt oder die das Gesetz für straflos erklärt, ist in diesen Fällen kein Verbrechen“. In der Expertenkommission traten nun Wettstein, Calame und Zürcher für Streichung der Worte „unter bestimmten Voraussetzungen“ ein (vgl. Protokoll der 2. Exp.Komm. 1, 182). Die Antragsteller betonten, daß es nicht angängig sei, in einem Gesetze von „bestimmten Voraussetzungen“ zu sprechen, ohne daß diese näher bestimmt seien. Mit überwiegender Mehrheit wurde der Antrag gutgeheißen.

unter welchen Voraussetzungen die Indikation für eine ärztliche Handlung vorliege."

Das Hauptverdienst von Stooß liegt nun aber zweifellos darin, daß er zugleich den Weg zu einer Interpretation des Art. 31 E. gewiesen hat, welcher die angedeuteten Unzulänglichkeiten zu beheben imstande ist. Wir schicken voraus, daß sich diese Lösung des Problems dadurch ergibt, daß Art. 31 E. seiner ursprünglichen Bestimmung entfremdet wird, daß sie aber anderseits wohl begründet ist, sowohl in sachlicher als formeller Hinsicht. Stooß deduziert folgendermaßen. Der Amts- oder Berufspflicht kommt weder rechtschaffende noch rechtsaufhebende Kraft zu. Unbestritten ist, daß die Amtspflicht durch Gesetz entsteht. Deshalb ist in der Nebeneinanderstellung des Gesetzes einerseits und der Amtspflicht anderseits eine Tautologie zu erblicken Wenn nun die Amtspflicht durch Gesetz entsteht, so kann ebenfalls die Berufspflicht nur durch Gesetz entstehen: dies geht daraus hervor, daß Amts- und Berufspflicht in einem Ausdrucke zusammengefaßt werden, ohne daß also zwischen diesen Pflichten unterschieden wird [11]).

Willkürlich kann diese Interpretation nicht genannt werden. Daß es der Gesetzgeber unterlassen hat, der Bestimmung eine Redaktion zu geben, die deutlich zwischen Amts- und Berufspflicht unterschieden hätte, kann ihm gewiß nicht verübelt werden; denn dadurch wurde es nun möglich, einem Gesetzesartikel zu einem Ansehen zu verhelfen, das er, würde er im Sinne seiner ursprünglichen Bestimmung ausgelegt werden, kaum je genießen dürfte. Eine Desavouierung der Gesetzgeber kann hierin nicht erblickt werden, wenn man bedenkt, daß eine knappe Mehrheit der „Berufspflicht" zur Aufnahme in den Entwurf verholfen hat. Auch die Aufnahme im Nationalrat erfolgte — sit venia verbo — im Sinne eines Formalaktes, indem der französische Berichterstatter, Professor Logoz, kein Hehl daraus machte, daß er persönlich dieser Bestimmung seine Genehmigung verweigern müsse; wenn er sie dem Plenum trotzdem empfahl, so geschah es deshalb, weil sich

[11]) „Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere".

die vorberatende Kommission dafür ausgesprochen hatte. Diskussionslos wurde ihr darauf vom Rate zugestimmt [12]).

Damit hat unsere eingangs gestellte Frage ihre Beantwortung von selbst gefunden. Ohne die verschiedenen Berufsarten ins einzelne untersuchen, und ohne nach solchen, nur kraft Berufes rechtmäßigen Handlungen fahnden zu müssen, fassen wir das Resultat zusammen wie folgt:

„Eine Berufspflicht, die dem Gesetze übergeordnet wäre, kennt der schweizerische Entwurf nicht. Die Berufspflicht in Art. 31 E. enthält lediglich, wie die ihr nebengeordneten Begriffe „Gesetz" und „Amtspflicht" einen Hinweis darauf, daß durch Rechtssätze begründete Ausnahmen Straflosigkeit für Berufshandlungen zur Folge haben."

Pflicht des Richters wird es jeweilen sein, hier wie dort (Gesetz und Amtspflicht) der Frage besondere Aufmerksamkeit zu schenken, ob gesetzliche Vorschriften bestehen, die eine begangene Handlung als eine rechtmäßige statuieren. Ein Beispiel mag dies erläutern. Nach schweizerischem Entwurf, Art. 105—106, wird die Abtreibung als Vergehen bestraft. Art. 107 E. dagegen enthält die Ausnahme, daß die von einem patentierten Arzte, mit dem Willen der Schwangeren vorgenommene Abtreibung straflos sei, wenn sie erfolgt, um eine nicht anders abwendbare Lebensgefahr oder Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit von der Schwangeren abzuwenden [13]). Hier sind also die Voraussetzungen, unter denen eine Abtreibung von einem patentierten Arzte vorgenommen werden darf, durch das Gesetz festgelegt. Darin kann ein deutlicher Beweis dafür erblickt werden, daß die kraft eines Berufes, in casu des ärztlichen, vorgenommene Handlung ihre Straflosigkeit nur dadurch begründet, daß die betreffende Handlung von Gesetzes wegen erlaubt ist; denn, wäre es schlechthin die ärztliche Indikation, die den Ausschlag für die Vornahme, bezw. Nichtvornahme einer Abtreibung geben könnte, wäre der Arzt durch

[12]) Vgl. Abh. § 2 Anm. 11.

[13]) Das Schicksal von Art. 107 E ist zur Zeit noch ungewiß; der Nationalrat hieß die Bestimmung gut, der Ständerat dagegen hat sie in der Frühjahrssession 1930 gestrichen, mit der Begründung, daß die Bestimmung über Notstand (Art. 33 E) hinreichend sei, um, unter den gegebenen Voraussetzungen, eine Abtreibung vorzunehmen.

Art. 31 E. der Verantwortung entzogen, und die Notwendigkeit einer speziellen Bestimmung, wie sie in Art. 107 E. enthalten ist, wäre in Frage gestellt[14]).

Die große Zahl der Schriftsteller, welche jemals die Theorie vom Berufsrecht vertreten hat, wollte diese lediglich auf den ärztlichen Beruf[15]) bezogen wissen. Von denjenigen, welche es auf eine breitere Basis zu stellen sich bemühten, sind als prominenteste Merkel[16]) und Binding[17]) zu nennen. Merkel sagt folgendes hierüber: „Die staatliche Zulassung und Normierung bestimmter Gewerbe schließt die Gutheißung der zu ihrem ordnungsmäßigen Betriebe gehörigen Handlungen in sich, insoweit bei diesen diejenige Aufmerksamkeit angewendet wird, welche mit Rücksicht auf die besondere Natur des betreffenden Berufes oder Gewerbes oder auf speziellere Rechtsbestimmung als geboten erscheint. Solche Handlungen können daher keine Delikte enthalten. Man denke z. B. an Handlungen von Ärzten, Apothekern, Wirten, oder an Handlungen derjenigen, welche Gifte oder explosive Stoffe zubereiten, und an die schädlichen Folgen, welche sich unter Umständen für andere mit diesen Handlungen verbinden. Dieselben sind unter den bezeichneten Veraussetzungen dem Strafgesetz entzogen."

Streng genommen mißt Merkel dem Berufsrecht auch nicht die konsequente Bedeutung bei, daß es allein auf die Tatsache, daß ein Beruf überhaupt ausgeübt wird, ankommt. Er setzt nämlich

---

[14]) Ähnlich verhält es sich mit der Bewahrung des Berufsgeheimnisses gemäß Art. 285 E. Es läßt sich denken, daß beispielsweise ein Arzt sich kraft seines Berufes, in seiner Eigenschaft als Hausarzt und Vertrauensperson, veranlaßt sehen könnte, von einer Feststellung, die er an einem Familienmitgliede gemacht hat, dessen Angehörige in Kenntnis zu setzen, damit diese das Nötige anordnen können, um eine drohende oder bestehende Gefahr abzuwenden. Also Gründe der Prophylaxe wären hier maßgebend, ein Gebiet, das sich ebenfalls aus der Auffassung vom ärztlichen Beruf ableiten läßt. Die Offenbarung dieser Tatsache ist nur gestattet, wenn, laut Ziff. 2 leg. cit., der Betreffende seine Einwilligung dazu gibt.

[15]) Vgl. darüber Abh. § 5.

[16]) Merkel, Lehrbuch 158.

[17]) Binding, Handbuch des Strafrechts, 1. Bd., 1885 S. 791—807 (zitiert nach Heimberger, a. a. O. 20). Der Vorwurf, der Merkel gemacht werden muß, gilt auch für ihn, indem er Handlungen, die ihre Rechtmäßigkeit aus dem Berufe ableiten, zu nennen unterläßt.

voraus, daß der Beruf ordnungsgemäß ausgeübt werde, und als Quelle einer solchen ordnungsgemäßen Ausübung nennt er u. a. das Gesetz (eine „speziellere Rechtsbestimmung"). Durch diese, wie gezeigt wurde richtige Einsicht, gibt er die Theorie selbst preis.

Zu der Frage als solcher aber entgegnet Heimberger[18]) mit Recht, daß durch die Aufzählung einzelner Berufe die Theorie nicht erhärtet wird, solange nicht Handlungen mitgenannt werden, die sich aus der Ausübung eines Berufes ergeben können, und die, nur weil sie in Ausübung dieses Berufes vorgenommen werden, straflos sein sollen: „Wenn nur einer der Autoren eine Handlung nennen wollte, die an sich einen verbrecherischen Tatbestand verwirklicht, aber deswegen der Rechtswidrigkeit entkleidet ist, weil sie von einem Apotheker, Wirt, Giftstoff- oder Dynamitfabrikanten vorgenommen wurde! Ich vermag mir keine zu denken. Im Gegenteil: jede schädigende, einen Verbrechenstatbestand erfüllende Handlung des Apothekers, Gift- oder Pulverfabrikanten wird, wenn der subjektive Tatbestand vorliegt, ebenso bestraft, wie wenn irgend ein anderer die Handlung begeht...".

Dieser Exkurs, vornehmlich die Worte Heimbergers, zeigen deutlich, daß das sich Bekennen zu der Theorie vom Berufsrecht auf einer Selbsttäuschung beruht. Nur bei oberflächlicher Betrachtung dieser Lehre wird man vielleicht geneigt sein, ihr die Berechtigung nicht abzusprechen. Bei näherer Untersuchung aber erweist sie sich als ungeeignet, um die Rechtmäßigkeit an sich strafbarer Handlungen zu begründen.

Der körperlichen Integrität des Individuums seinen Schutz angedeihen zu lassen, ist das Strafgesetz vor allem berufen. Als Hauptfall einer „rechtmäßigen" Beeinträchtigung der Körperintegrität ist der ärztliche Eingriff zu nennen. Es wird nun im folgenden unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, wie die ärztliche Tätigkeit nach dem schweizerischen Strafgesetzentwurf zu beurteilen ist.

---

[18]) Heimberger, a. a. O. 21 f.

II. Spezieller Teil: Der ärztliche Eingriff.

§ 5. Die Theorien zur Begründung der Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe.

I. Das ärztliche Berufsrecht.

Die Lehre vom Berufsrecht haben wir in ihren wesentlichen Punkten bereits erläutert. Der Vollständigkeit wegen haben wir uns im Zusammenhange speziell mit dem ärztlichen Berufsrecht zu befassen.

Nach Heimberger[1]) soll es Beseler gewesen sein, welcher erstmals den Versuch machte, die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe aus dem Berufe des Arztes abzuleiten: „Der Arzt, welcher, um der Mutter das Leben zu erhalten, ihr die Leibesfrucht abnimmt oder tötet, handelt in der Pflicht seines Berufes“[2]). Eine Theorie hat Beseler damit noch nicht aufgestellt, sondern er anerkennt ein Berufsrecht nur für die beiden Spezialfälle der Abtreibung, bezw. Perforation. Erst Hugo Meyer hat die Theorie des Berufsrechts weiter ausgebaut und sie zugleich als erster der Wissenschaft zugänglich gemacht: „Als selbständiger Schuldausschließungsgrund nicht zu entbehren ist (ferner) die Ausübung eines rechtlich anerkannten Berufes, da z. B. der seitens eines Arztes in die körperliche Integrität eines Andern zu Heilzwecken verübte Eingriff unter Umständen auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn der Patient nicht zustimmt und seine Zustimmung auch nicht sollte vorausgesetzt werden können...“[3]). In dieser Ausge-

---

[1]) Heimberger, Berufsrecht und verwandte Fälle, in VD A 4, 18.

[2]) Beseler, Kommentar zum preuß. StrGB, Leipzig 1851, §§ 181 und 182, Anm. IV S. 360 (zitiert nach Heimberger, l. c.).

[3]) Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 3. Aufl. 1882, S. 292.

staltung ist die Theorie jedenfalls zu verwerfen, indem die persönliche Freiheit des Individuums, des Patienten, der Autorität des Arztes untergeordnet wird, dieser allein es ist, welcher darüber zu bestimmen hat, ob eine, noch so gefährliche Operation, am Patienten vorgenommen werden soll, auch wenn sich vielleicht die Möglichkeit bieten sollte, einen Heilerfolg auf anderem, als auf operativem Wege zu erzielen. Wenn der Patient nicht wünscht, daß an ihm eine Operation vorgenommen werde, so hat der Arzt diesen Wunsch zu achten. „Nicht alle Ärzte sind Fürsten der Wissenschaft, es gibt auch Anfänger und Stümper unter ihnen“ [4]) — und diesen letztern ein Menschenleben auf gut Glück hin, nur weil ihr Beruf rechtlich anerkannt ist, auszuliefern, wäre die Konsequenz der Theorie vom Berufsrecht, wie sie Hugo Meyer aufgefaßt wissen will [5]).

Es muß daher als ein merkwürdiges Unterfangen v. Lilienthals angesehen werden, wenn er den zweifellos eindeutigen Worten Hugo Meyers u. a. eine ganz andere Bedeutung unterschieben will [6]). Der genannte Autor nämlich bezeichnet die Ansicht, daß die Berufsausübung ein Recht auf die Vornahme aller möglichen Eingriffe in die Privatrechtssphäre des Einzelnen darstellen solle, als auf einem Mißverständnis beruhend [7]). Vielmehr, sagt er, handle es sich nicht um ein wirkliches Recht dem Patienten gegenüber, sondern nur um eine die Strafbarkeit ausschließende Befugnis dem Staate gegenüber. Wir zweifeln nicht daran, daß

---

[4]) Rosenberg, GS **62**, 77.

[5]) Aus diesem Grunde wurde die Theorie vielfach angegriffen. Vgl. z. B. v. Bar, GS **60**, 85 — Behr, Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht, 11 — Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation, 23 — Rosenberg, a. a. O. 77 — Schenker, Die strafrechtliche Natur des ärztlichen Eingriffs, 16 — Spinner, Ärztliches Recht, 186 f. — Stenglein, DJZ **4**, 106 — Wein, Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffs, 7.

[6]) v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht (Festgabe für Bekker 1899), 36.

[7]) Ähnlich wie v. Lilienthal auch Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, 13 f., welchem die Annahme, daß die Vertreter der Lehre vom ärztlichen Berufsrecht eine solche Duldungspflicht und Unterwerfung des Willens des Patienten durchgeführt wissen möchten, ungerechtfertigt erscheint.

sich die Theorie vom Berufsrecht auch in dieser Form aufstellen läßt; tatsächlich finden wir hier und dort in der Literatur die Bestätigung dafür, daß sie in dieser Form vertreten wurde; nur wollten wir damit zeigen, daß es sich nicht einfach, wie v. Lilienthal meint, um ein Mißverständnis handeln kann, wenn vielfach angenommen wurde, daß diese Theorie eine Untergrabung der persönlichen Freiheit bezwecken wolle. — Auf die Konsequenzen, die sich aus dieser Formulierung der Theorie vom Berufsrecht ergeben, haben wir an anderer Stelle bereits hingewiesen [8]).

Was Oppenheim, obschon Gegner dieser Theorie, zu deren Gunsten auslegt, möchten wir als weiteres zu ihrer Entkräftigung geeignetes Argument benützen: nämlich die Tatsache, daß durch die Lehre vom Berufsrecht das Gesamtgebiet der ärztlichen Eingriffe auf einen einheitlichen Rechtsgrund, und zwar den Beruf, zurückgeführt werden kann [9]). Daß lediglich die staatliche Anerkennung des ärztlichen Berufes — und die Bewilligung zu dessen Ausübung — eine Äußerlichkeit also, welche bei weitem nicht Gewähr dafür bietet, daß der einzelne Arzt alle durch seinen Beruf bedingten Eigenschaften besitzt, die garantierte Anerkennung für Eingriffe jeglicher Art in die Integrität des Menschen bilden soll, kann nicht ohne weiteres hingenommen werden. Auch würde diese Theorie nicht imstande sein, den guten Ruf des gesamten Ärztestandes auf die Dauer zu erhalten [10]). — Perforation, Kastration, Sterilisation, Euthanasie, operativer Eingriff zur Entfernung des entzündeten Blinddarms, Entfernen von Warzen, alle diese Eingriffe verschiedenster Art also, sollen aus dem gleichen Grunde gestattet sein, eben deshalb, weil der Staat den ärztlichen Beruf als solchen anerkennt!

Endlich weisen wir nochmals darauf hin, daß die Begründer dieser Theorie diese selbst wieder aufgegeben haben — ein Grund

---

[8]) Vgl. Abh. § 4.

[9]) Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, 14.

[10]) Nicht ohne Grund hat sich die schweizerische Ärztekommission in ihrer Eingabe vom März 1906 gegen die Aufnahme der Berufspflicht, bezw. des Berufsrechts, in den Entwurf ausgesprochen; vgl. Abh. § 4 Anm. 5.

mehr, um auf die offenbare Unzulänglichkeit dieser Lehre aufmerksam zu werden [11] [12]).

II. Der sittliche Zweck.

Ebenso unhaltbar, wenn auch aus andern Gründen, ist die von Hälschner versuchte Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe. Eines hat diese Theorie allerdings der vorher besprochenen voraus. Hälschner hat nämlich, wenn er dies auch nicht ausdrücklich erwähnt, erkannt, daß es verfehlt ist, die ärztlichen Eingriffe durch äußere Momente, wie sie beispielsweise durch die Approbation und Ausübung des ärztlichen Berufes gegeben sind, rechtfertigen zu wollen.

Seine Untersuchung gründet sich nicht auf rechtliche Erwägungen, sondern es sind für ihn Grundsätze der Moral maßgebend. Zugegeben daß, wenn auch Recht und Moral nicht miteinander vermengt werden dürfen, sie doch wenigstens eine Gegenüberstellung aushalten; insofern nämlich, als alles Recht auf Grundsätzen der Moralität basiert: eine Rechtsordnung, die nicht den Zweck verfolgt, die Moral aufrechtzuerhalten und zu verteidigen, ist undenkbar, paradox. Dennoch können wir uns mit dem von Hälschner eingeschlagenen Wege nicht einverstanden erklären, da es nicht für opportun erachtet werden kann, ethische Motive ins Feld zu führen und diese, unabhängig von der Rechtsordnung,

---

[11]) Als weitere Vertreter dieser Theorie seien genannt: Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, 1. Hälfte, 78 f. — Hamm, DJZ **12**, 449 — Horch, Das Verbrechen der Abtreibung, 38 ff. — Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 379 Anm. 2 — Hafter vertrat sie noch in „Mutterschutz und Strafrecht", 11 ff. und in Z **26**, 285 f., hat sie dann aber in seinem Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts (S. 159 f.) als unhaltbar aufgegeben.

[12]) Gegen die Theorie vom Berufsrecht sprachen sich, nebst den schon genannten Autoren, aus: Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 201 Anm. 48 — Arieff, Die ärztliche Tätigkeit und das Strafrecht, 15 ff. — v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 147 — Stooß, Operativer Eingriff und Körperverletzung, 53 ff.; Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 93 f.; Z **23**, 310 ff. — Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in Archiv für zivilistische Praxis, **99**, 78 u. 85; Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, 15.

einer Theorie zugrunde zu legen, welche sich zur Aufgabe macht, Handlungen zu rechtfertigen, die einen schweren Eingriff in die Integrität des Menschen darstellen. Wenn es sich die Rechtsordnung zur Aufgabe macht, die körperliche Integrität zu schützen, so hat die Moral nicht die Macht, Ausnahmebestimmungen aufzustellen, auf Grund derer an sich rechtswidrige Eingriffe zu rechtmäßigen werden sollen [13]).

Nach Hälschner ist est für den Kranken sittliche Pflicht, zum Zwecke der Erhaltung seines Lebens sich ärztlicher Behandlung zu unterwerfen, und er ist berechtigt einzuwilligen und dem Arzte das Recht zu ihrer Vornahme zu übertragen [14]).

An diesem Satze fällt vor allem eines auf: einerseits ist von einer Pflicht die Rede, anderseit aber ergibt sich für dieselbe verpflichtete Person ein Recht, das Recht nämlich, die Einwilligung zur ärztlichen Behandlung zu erteilen. Dies bedeutet einen Widerspruch. Hälschner hat sich wahrscheinlich von dem Gedanken leiten lassen, daß in der Regel einer Verpflichtung eine Berechtigung entspricht. In der Anwendung dieses Satzes ist er aber fehl gegangen, indem er dieselbe Person zum Träger von Pflichten und Rechten über denselben Gegenstand machte. Richtiger müßte es heißen: „Weil es für den Kranken sittliche Pflicht ist zum Zwecke der Erhaltung seines Lebens sich ärztlicher Behandlung zu unterwerfen, ist er verpflichtet, in die Behandlung einzuwilligen und so dem Arzte das Recht zu ihrer Vornahme zu übertragen."

Was aber hauptsächlich gegen die Theorie Hälschners spricht, ist der Umstand, daß er damit eine Rechtfertigung für die Vornahme ärztlicher Eingriffe überhaupt nicht gegeben hat. Denn es handelt sich um die Frage, woher der Arzt das Recht nimmt zu Eingriffen am menschlichen Körper, nicht aber darum, weshalb sich der Patient der Behandlung seitens des Arztes unterzieht. Der Rechtsgrund des Behandelns und das Motiv des sich Behandeln-

---

[13]) Vgl. auch Behr, a. a. O. 17: „... ist es höchst bedenklich, bei Traktierung von Rechtsfragen moralische Zwecke ins Feld zu führen, zumal Moral und Recht verschiedene Wege gehen."; ähnlich Oppenheim, a. a. O. 13.

[14]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht 1, 471.

lassens sind zwei durchaus verschiedene Dinge. Ob die ärztliche Behandlung auf Grund einer sittlichen Pflicht verlangt wird oder aus andern Gründen, ist rechtlich grundsätzlich irrelevant.

Darüber, daß nicht etwa die Einwilligung allein es ist, welche nach Hälschner den Rechtsgrund für die ärztlichen Eingriffe bilden soll, kann kein Zweifel bestehen. Der genannte Autor sagt nämlich im Zusammenhange[15]): „Diejenigen rechtlichen Güter, welche, wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Wesensbestimmtheiten der menschlichen Persönlichkeit bilden, sind, obwohl sich der Mensch ihrer zu entäußern vermag, rechtlich unveräußerliche darum, weil es ihrer sittlichen Zweckbestimmung widerspricht, unsittlich ist, sich ihrer zu entäußern, dies darum niemals berechtigt sein kann. Durch die Einwilligung des Berechtigten (?) kann daher niemals auf den Andern ein Recht jene Güter zu beschädigen, übertragen werden."

Daraus geht hervor, daß die Einwilligung nichtig ist, wenn sie nicht durch die Sittlichkeit geboten war: der sittliche Zweck allein macht die Einwilligung zu einer rechtlich erheblichen Handlung. Um konsequent zu bleiben, hätte Hälschner die Einwilligung beiseitelassen und den sittlichen Zweck unabhängig von ihr zum alleinigen Rechtfertigungsgrunde erheben müssen. Denn entweder ist der sittliche Zweck der Grund, weshalb ärztliche Eingriffe gestattet sein sollen, dann bedarf es einer Einwilligung überhaupt nicht; oder aber es kommt letzten Endes auf die Einwilligung an, dann ist es ohne Bedeutung, aus welchem Grunde diese erteilt wurde. Daß Hälschner den Begriff der Einwilligung mit in seine Theorie einbezog läßt vermuten, daß er selbst im Grunde der Dinge an der Möglichkeit, einzig auf Grund eines Gebotes der Moral die ärztlichen Eingriffe rechtfertigen zu können, zweifelte.

Würde der Einwilligung keine Bedeutung zugesprochen, so wäre es allerdings bedingt, daß, ähnlich wie bei der Theorie vom Berufsrecht, eine Unterwerfung des Willens des Patienten unter denjenigen des Arztes stattfinden müßte. Es ist möglich, daß Hälschner dies vermeiden wollte; dann hätte er sich aber nicht so ausdrücken dürfen, daß es sittliche Pflicht des Patienten sei,

[15]) Hälschner, a. a. O. 470.

sich behandeln zu lassen, denn, wie schon erwähnt, ist die Einwilligung zu einer Handlung, die man geschehen lassen muß, unerheblich.

Der Schluß, wie ihn Stooß[16]) aus der Theorie Hälschners zieht, ist daher nicht unbedingt richtig. Stooß sagt nämlich, daß, wenn der Patient die sittliche Pflicht, sich der ärztlichen Behandlung zu unterwerfen, erfüllt, der Arzt diese vorzunehmen berechtigt ist; andernfalls aber, wenn sich der Patient der Behandlung nicht unterziehen will, der Arzt die Behandlung aber dennoch vornimmt, dieser sich einer strafbaren Körperverletzung schuldig macht.

Diese Folgerung trifft erst dann zu, wenn erwiesen ist, daß die Einwilligung — aus welchem Grunde diese erteilt wurde ist gleichgültig — die Rechtswidrigkeit der ärztlichen Eingriffe beheben soll.

Wenn man aber umgekehrt annimmt — wir glauben, daß sich diese Annahme mit den Intentionen Hälschners eher vereinbaren läßt — daß die rechtmäßige Vornahme ärztlicher Eingriffe durch die sittliche Pflicht des Patienten, sich zur Erhaltung seines Lebens diese gefallen zu lassen, erklärt werden soll, hat sich der Arzt um die Einwilligung, bezw. Weigerung des Patienten nicht zu kümmern, er handelt also auch dann rechtmäßig, wenn der Patient nicht einwilligt.

Einen Schluß ziehen zu wollen, ohne zwischen diesen beiden Möglichkeiten zu unterscheiden, ist daher verfehlt, indem der Widerspruch, der zwischen „Einwilligung“ und „Pflicht“ besteht, ein solches Vorgehen nicht zulassen kann.

Diejenigen Schriftsteller, welche die Theorie Hälschners nach der letztern der beiden erwähnten Möglichkeiten auslegen, behaupten mit Recht, daß sich diese nicht auf alle Fälle ausdehnen läßt, die einen operativen Eingriff notwendig machen. Sie denken dabei an den Hauptfall des Entfernens sogenannter Schönheitsfehler[17]). Daß eine sittliche Pflicht sich dafür nicht nachweisen läßt, bedarf keiner weitern Erläuterungen.

---

[16]) Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 96 f.

[17]) Vgl. z. B. Oppenheim, Das ärztliche Recht etc. 13 (in Anlehnung an Keßler); Behr, a. a. O. und GS 62, 404; Schenker, Die strafrechtliche Natur des ärztlichen Eingriffs, 14.

Und schließlich ist zu bedenken, daß Operationen, bei denen nicht die Erhaltung des eigenen Lebens im Vordergrunde steht, wie z. B. bei der sectio caesarea, nach der Theorie Hälschners kaum vorgenommen werden dürften. Jedenfalls spricht Hälschner nirgends davon, daß eine sittliche Pflicht bestehe, sein Leben für das Leben eines andern zu opfern.

Auf Grund dieser Erwägungen gelangen wir dazu, die Theorie Hälschners ebenfalls ablehnen zu müssen. Was uns am meisten dazu veranlaßt, ihr einen praktischen Wert abzusprechen, ist der Umstand, daß sie nicht einmal die Grundbedingung erfüllt, die man von einer Theorie verlangen darf, die Tatsache nämlich, daß es ihr an einer eindeutigen, alle Zweifel ausschließenden Formulierung gebricht.

III. Die Einwilligung des Verletzten.

Im Gegensatze zu Hälschner vertritt nun eine große Anzahl von Schriftstellern die Ansicht, daß der Einwilligung des Verletzten als solcher die Macht zukomme, die ärztlichen Eingriffe zu rechtfertigen. Um diese Frage hat sich seit langem ein Rechtsstreit erhoben. Anlaß dazu gab eine Stelle Ulpians, wo er sagt: „Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiam, si volentem filium quis vendiderit, patri quidem suo nomine competit iniuriarum actio, filii vero non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat“ [18]).

Wie Pernice nachgewiesen hat, beruht es auf einem Irrtum, wenn man daraus folgerte, daß der Passus „nulla iniuria est, quae in volentem fit“ allgemeine Geltung beanspruchen dürfe [19]). Durch

[18]) L. I § 5 D. de inj. (47, 10).

[19]) Pernice, Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Bd. 2: „Daß das römische Recht keine bestimmte Stellung zu der Frage nach der Bedeutung des Satzes: Volenti non fit iniuria einnahm, ist schon häufig hervorgehoben worden. In der Tat muß man die Worte gerade aus dem Zusammenhange der Quellen reißen, wenn man ihnen eine größere Tragweite über die Entscheidung der Einzelfälle hinaus beimessen will“ (S. 82). Pernice untersucht dann die einzelnen Fälle und sagt auf S. 86 zusammenfassend: „Ein Prinzip ist von den Juristen also weder aufgestellt noch aus ihren verschieden begründeten Einzelentscheidungen zu entnehmen. Daher ist es sogar bedenklich, auch nur eine analoge Ausdehnung der einzelnen Sätze zu versuchen. Denn

die zitierte Stelle soll lediglich gesagt sein, daß das volenti non fit iniuria für den Tatbestand der Beleidigung erheblich sei. Mit Recht lehnen sich daher einige moderne Autoren dagegen auf, daß die erwähnte Stelle Ulpians zu einem alle strafbaren Handlungen betreffenden Grundsatze erhoben werde [20]).

Wir haben nun im folgenden zu untersuchen, ob der Einwilligung des Verletzten nach dem schweizerischen Entwurfe die Bedeutung zukommt, daß sie den ärztlichen Eingriff zu einer rechtlich erlaubten Handlung machen kann. Von der Einwilligung spricht der Entwurf in den Art.: 106 Ziff. 1 Abs. 1 (Abtreibung durch Drittpersonen), 107 (Straflose Abtreibung) [21]), 158 Ziff. 1 Abs. 1 (Entführung), 240 Abs. 2 (Verstümmelung), 284 Ziff. 2 (Verletzung des Amtsgeheimnisses) und 285 Ziff. 2 (Verletzung des Berufsgeheimnisses).

Die gesetzlichen Folgen, welche sich an die Einwilligung knüpfen, sind verschieden. Ohne Einfluß auf die Strafandrohung ist die Einwilligung in den Art. 107 [22]) und 158 [23]); strafmildernd wirkt sie in Art. 106; in den Art. 284 und 285 hat sie die gänzliche Straflosigkeit zur Folge [24]) [25]).

---

neben diesen Entscheiden stehen bekanntlich andere Fälle, in denen die Zustimmung des Verletzten den Tatbestand nicht ausschließen soll".

[20]) Vgl. z. B. zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit, 145.

[21]) In Art. 107 spricht der Entwurf nicht von „Einwilligung", sondern er bedient sich der Bezeichnung „mit Willen" (der Schwangeren). Wenn man auch einen Unterschied zwischen diesen beiden Bezeichnungen herauslesen kann, so glauben wir nicht, daß der Gesetzgeber diese Unterscheidung mit Vorbedacht machte; vgl. auch Protokoll der 2. Expertenkommission 2, 184 ff., wo anläßlich der Besprechung dieses Artikels die Bezeichnungen „Einwilligung", „Zustimmung", „mit Willen" nebeneinander gebraucht wurden.

[22]) Wenn die gemäß Art. 107 mit Einwilligung der Schwangeren vorgenommene Abtreibung straflos ist, so kann die Straflosigkeit nicht auf die Einwilligung zurückgeführt werden, sondern es sind dafür vor allem die weitern Bedingungen maßgebend, daß die Abtreibung von einem patentierten Arzte vorgenommen wird, um eine nicht anders abwendbare Lebensgefahr oder Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit von der Schwangeren abzuwenden.

[23]) In Art. 158 liegt eine Einwilligung im richtigen Sinne überhaupt nicht vor, indem diese durch Anwendung von List, bezw. Drohung erreicht wurde.

[24]) Art. 240 stellt einen Spezialfall dar; von ihm wird im Laufe der Untersuchung noch die Rede sein.

Wir nehmen Umgang davon, uns auf theoretische Erörterungen über das Wesen der Einwilligung einzulassen; im Rahmen dieser Untersuchung werden sie nicht notwendig. Wir beschränken uns darauf, kurz festzulegen, was unter Einwilligung zu verstehen ist. An ungezählten Definitionen fehlt es nicht. Die populärste ist wohl heute noch diejenige von Kessler[26]).

Als Einwilligung bezeichnet er zunächst ganz allgemein die Erklärung der Übereinstimmung des Willens einer Person mit dem Willensakte einer andern Person[27])[28]). Er erörtert dann im folgenden die beiden Begriffe des Interesses[29]) und des Verletzten[30]) und gelangt dadurch erst zu der strafrechtlichen Definition der Einwilligung. Er umschreibt diese als „die erklärte Übereinstimmung des Willens einer Person mit der, abgesehen von dieser Erklärung, zum Schutze eines Interesses des Erklärenden bei Strafe verbotenen Handlung eines anderen“[31]).

Wir fragen uns nun, ob auch der Verzicht auf das Antragsrecht als Einwilligung angesehen werden kann. Kessler verneint dies, da er von der Voraussetzung ausgeht, daß die Einwilli-

---

[25]) Ohne Bedeutung für uns sind die Art. 107 und 158 (aus den in Anm. 22, bezw. 23 oben erwähnten Gründen); ferner Art. 106, Ziff. 1, deshalb, weil aus Billigkeitsgründen ein Unterschied zur qualifizierten Abtreibung leg. cit. Ziff. 2 gemacht werden muß. Die Einwilligung als solche aber vermag eine Abtreibung nicht zu einer rechtlich erlaubten Handlung zu machen.

[26]) Keßler, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884.

[27]) a. a. O. 26.

[28]) Nach Pfersdorff (Die Einwilligung des Verletzten, 15) ist diese Definition zu weit gefaßt. Er vertritt die Ansicht, daß eine Einschränkung in dem Sinne zu machen sei, daß aus der Begriffsbestimmung hervorgehe, es müsse der Einwilligende die Möglichkeit besitzen, die Einwilligung gegebenenfalls zu verweigern: „Mit dem Begriff der Einwilligung verbinden wir stets die Vorstellung von einer Macht, die dem Einwilligenden zusteht“. So auch Holer, a. a. O. 80.

[29]) „Das Interesse einer Person an einer Tatsache ist das Verhältnis der Person zu dieser Tatsache, vermöge dessen das Eintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat“. (Keßler, a. a. O. 50).

[30]) „Durch ein Verbrechen verletzt ist derjenige, dessen Interesse durch die bezügliche Strafbestimmung geschützt werden sollte“. (Keßler, a. a. O. 49).

[31]) Keßler, a. a. O. 99.

gung der Handlung vorausgehen muß; er begründet dies damit, daß er sagt: „Nur wenn das Interesse schon preisgegeben war, konnte es nicht verletzt werden“ [32]).

Ohne uns darüber hinwegtäuschen zu wollen, daß wesentliche Unterschiede zwischen Antragsrecht und Einwilligung bestehen, neigen wir doch zu der Ansicht, daß eine gewisse Wesensverwandtschaft, die zwischen diesen beiden Begriffen besteht, für unsere Frage bestimmend ist.

Wir haben bereits früher einmal betont, daß die Rechtsordnung die Interessen der ihr unterstellten Individuen zu schützen vor allem berufen ist. Sie ist nicht um ihrer selbst willen da, sondern zum Zwecke dieses Interessenschutzes. Es ließe sich nun nicht rechtfertigen, wenn der Staat einen unbedingten Interessenschutz garantieren wollte, in dem Sinne, daß dem einzelnen Bürger jedes Mitspracherecht benommen wäre. Denn es ist in Betracht zu ziehen, daß es eine große Anzahl an sich strafbarer Handlungen gibt, deren Strafverfolgung ohne Bedenken vom Belieben des Verletzten abhängig gemacht werden kann, ohne daß also der Staat zu befürchten braucht, durch die Nichtverfolgung irgendwie geschädigt zu werden.

Ein solches Mitspracherecht des Einzelnen kann nun in zweifacher Hinsicht eingeräumt werden. Einmal dadurch, daß der Betreffende in eine Handlung, die an sich strafbar wäre, einwilligt; ferner dadurch, daß eine strafbare Handlung nicht von Staates wegen verfolgt wird, sondern erst dann, wenn der Verletzte mit dem Begehren an den Staat gelangt, diese Handlung strafrechtlich zu verfolgen.

Zur Aufnahme sowohl der Einwilligung als auch der nur auf Antrag zu verfolgenden Delikte in eine Gesetzgebung sind im großen und ganzen die gleichen Erwägungen maßgebend. Beide basieren auf dem Grundgedanken, daß bei gewissen Handlungen eine Strafverfolgung von Staates wegen nicht eintreten soll, da das Interesse des Staates hinter demjenigen des Einzelnen zurückzutreten hat und auch zurücktreten will.

Mit der Feststellung, daß Einwilligung und Antragsrecht grundsätzlich die gleiche Zweckbestimmung haben, durch Hervorhebung

[32]) Keßler a. a. O. 104.

eigener Interessen die Strafgewalt des Staates zu hemmen, begnügen wir uns. Damit gelangen wir zu dem Resultat, daß der Verzicht auf das Antragsrecht als eine Art der Einwilligung zu betrachten ist. Es ist tatsächlich auch nicht einzusehen, weshalb ein Interesse nur dann nicht soll verletzt werden können, wenn es bereits preisgegeben war. Der Umstand, daß der durch die Handlung Betroffene keinen Antrag auf Strafverfolgung erhebt, beweist doch, daß er subjektiv der Handlung nicht die Bedeutung beimißt, daß er durch sie verletzt wurde.

Wo nun die Interessen des Staates ebenso groß oder größer sind als diejenigen des Verletzten selbst, ist seine Strafgewalt eine unbedingte. D. h. wo in einem gesetzlichen Tatbestande weder das Antragsrecht eingeräumt ist, noch durch die ausdrückliche Erwähnung der Einwilligung des Verletzten dokumentiert wird, daß die vorgenommene Handlung straflos sein soll, muß die Strafverfolgung des Staates unter allen Umständen eintreten. Es ist dies die weitaus größere Gruppe der Offizialdelikte.

Diese Tatsache ist von grundlegender Bedeutung. Wir haben nun noch im besonderen zu untersuchen, ob die Einwilligung die Vornahme ärztlicher Eingriffe rechtfertigt. Wie bis anhin, gehen wir von der Voraussetzung aus, daß durch die ärztlichen Eingriffe eine Körperverletzung herbeigeführt wird. Gegenstand der Untersuchung bilden somit die Art. 108—111 E.

Der Entwurf unterscheidet drei Arten der Körperverletzung: schwere (Art. 108), einfache (Art. 109) und fahrlässige Körperverletzung (Art. 111). Von Amtes wegen verfolgt wird die schwere Körperverletzung. Die einfache und die fahrlässige dagegen nur auf Antrag des Verletzten. Allerdings mit Einschränkungen. So wird die erstere Offizialdelikt, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gebraucht oder einen Wehrlosen verletzt hat; ferner wenn der Täter eine schwere Körperverletzung verursacht hat und den Erfolg voraussehen konnte; und endlich dann, wenn der Verletzte an den Folgen der Körperverletzung stirbt und der Täter diesen Erfolg voraussehen konnte. Und die fahrlässige Körperverletzung wird von Amtes wegen verfolgt, entweder wenn die Körperverletzung eine schwere ist, oder wenn der Täter durch

die Fahrlässigkeit eine Pflicht verletzt, die ihm durch sein Amt, seinen Beruf oder sein Gewerbe auferlegt ist.

Im Anschluß an die entwickelten Grundsätze stellen wir nun folgendes fest. Dadurch, daß in den Tatbeständen der Bestimmungen über Körperverletzung die Einwilligung nirgends aufgeführt ist, ist zu folgern, daß ihr eine die Körperverletzung rechtfertigende Bedeutung nicht zukommt. Es können somit die eine Körperverletzung bewirkenden ärztlichen Eingriffe durch die Einwilligung des Verletzten nicht gerechtfertigt werden.

Anders verhält es sich mit den Körperverletzungen gemäß Art. 109 Ziff. 1 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 1. Diese werden nur auf Antrag verfolgt. Aus der früher gemachten Feststellung, daß der Verzicht auf das Antragsrecht in seiner Endwirkung der Einwilligung gleichzustellen ist, ergibt sich, daß auch die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen erteilt werden kann, die den objektiven Tatbestand einer einfachen, bezw. fahrlässigen Körperverletzung darstellen. Wenn nur diejenige einfache Körperverletzung auf Antrag zu verfolgen ist, durch welche ein Mensch vorsätzlich an Körper oder Gesundheit geschädigt wird [33]), so kann es sich nur um ärztliche Handlungen der internen Medizin handeln. Chirurgische Eingriffe dagegen fallen unter Art. 109 Ziff. 1 Abs. 2. Denn Instrumente, mit denen chirurgische Eingriffe vorgenommen werden, wie Messer, Zangen, Sägen, Nadeln etc. sind als gefährliche Werkzeuge im Sinne der lex citata zu betrachten.

Man hat nun, so mit bezug auf das deutsche Reichsstrafgesetz, zu folgender Argumentation gegriffen [34]). Dadurch, daß in § 216 RStrG. gesagt ist, daß derjenige, welcher durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt wurde, mit Gefängnis nicht unter drei Jahren zu bestrafen ist, sei ersichtlich, daß die Einwilligung des Verletzten in allen andern Fällen

[33]) Wenn auch die Vornahme ärztlicher Handlungen, die durch die innere Medizin geboten werden, nicht als Körperverletzungen im Sinne des Gesetzes betrachtet werden können, so fallen sie doch zum größten Teile unter den Begriff der Gesundheitsschädigung, indem erwiesen ist, daß die Einnahme von Medikamenten die betreffende Krankheit wohl zum Verschwinden bringen kann, dafür aber schädigende Nebenwirkungen zur Folge hat.

[34]) Vgl. z. B. Zimmermann, Goltdammers Archiv **29**, 440, 442 (zitiert nach zu Dohna, a. a. O. 142).

Straflosigkeit bewirke[35]). Damit wird also vorausgesetzt, daß Einwilligung und Verlangen als identische Begriffe zu betrachten sind.

Hafner definiert das Verlangen als aktives Verhalten des Verletzten, welches diejenigen Hemmungsvorstellungen im Täter beseitigt, welche diesen von der Tat abhalten[36]). Der Verlangende ist also der Initiant, währenddem der Einwilligende passiv ist, indem das Begehren, eine Verletzung an ihm vornehmen zu dürfen, an ihn erst gestellt wird: „die Hemmungsvorstellungen des Täters" sind hier bereits nicht mehr vorhanden. Der Begriff des Verlangens ist also, im Gegensatz zu dem der Einwilligung, der weitere, die letztere bildet die Voraussetzung der ersteren: ein Verlangen, ohne daß in die Tat, welche verlangt wird, eingewilligt wird, ist nicht denkbar. Dieser Umstand spricht dafür, daß Verlangen und Einwilligung soweit, als diese beiden Begriffe für unsere Untersuchung herangezogen werden müssen, einander gleichgestellt werden dürfen, wenn auch nur bis zu dem Grade, daß das Verlangen als die stärkere Form der Einwilligung zu betrachten ist.

Graf zu Dohna, von der gleichen Voraussetzung ausgehend, argumentiert nun, daß die Tötung des lediglich Einwilligenden als Mord zu bestrafen wäre; „und hierin", sagt er, „müßte ein starkes Argument für die Auffassung erblickt werden, daß die Einwilligung grundsätzlich — und so auch hier — einflußlos bliebe"[37]). Im folgenden macht er aber darauf aufmerksam, daß diese Folgerung durch § 142 Abs 2 in sich zusammenfällt[38]). Diese Bestimmung stellt denjenigen unter Strafe, welcher einen anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht. Die Strafandrohung ist Gefängnis nicht unter einem Jahr. zu Dohna bemerkt dazu[39]): „Gegen beabsichtigte schwere Körperverletzung droht § 225 Zuchthaus von 2—10 Jahren an. Daß eine also geartete Verstümmelung, wenn sie den Zweck verfolgte, den Verletzten zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen, unter § 142 und

[35]) Die gegenteilige Auffassung, wonach die Einwilligung des Verletzten in allen andern Fällen irrelevant ist, vertritt das Reichsgericht.

[36]) Hafner, Die Tötung auf Verlangen 45.

[37]) a. a. O. 142.

[38]) Vgl. Art. 240 Abs. 2 E.

[39]) a. a. O.

nicht unter § 225 fällt, dürfte trotz der bedauerlichen Wirrnis unserer Konkurrenzlehre einem Zweifel nicht unterliegen. Demgemäß würde in solchem Falle der besondere Zweck der Verletzung als Privilegierungsgrund wirken, während er, was wohl von niemandem bestritten worden, als Qualifizierungsgrund gedacht ist. So läßt der § 142 nur die eine Auslegung zu: Körperverletzung des „Verlangenden" ist straflos."

Wir vertreten eine andere Auffassung. Auch nach dem schweizerischen Entwurfe ist die Verstümmelung, um sich der Wehrpflicht zu entziehen, neben der Bestimmung des Art. 108 E., als delictum sui generis erwähnt. Es ist zuzugeben, daß, im Verhältnis zu Art. 108, die Strafandrohung hier eine geringere ist. Es wäre nun möglich, daß eine Untauglichmachung vorgenommen werden könnte, die bloß den Tatbestand einer einfachen, auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzung bilden würde [40]) [41]). Eine Strafverfolgung von Staates wegen dürfte hier also nicht stattfinden. Da aber der Staat ein Interesse daran hat, daß jede Untauglichmachung geahndet wird, also auch die den Tatbestand einer bloß einfachen Körperverletzung erfüllende, mußte Art. 240 aufgenommen werden. Die im Verhältnis zu Art. 108 geringere Strafandrohung erklärt sich daraus, daß die Selstverstümmelung, wenn sie nicht mit dem Zwecke vorgenommen wird, sich der Wehrpflicht zu entziehen, straflos ist. Es wäre daher unbillig, wenn das Motiv der Tat derart strafschärfend wirken würde, daß die an sich straflose Selbstverstümmelung mit derselben Strafe bedroht würde, wie die von einem Dritten vorsätzlich vorgenommene schwere Körperverletzung.

Gleich bestraft wie derjenige, welcher sich selbst verstümmelt, um sich der Wehrpflicht zu entziehen, wird der bestraft, welcher einen andern mit dessen Einwilligung zum Militärdienst untauglich macht. Mit Unrecht wird nun daraus gefolgert, daß der Einwilligung in allen andern Fällen der Körperverletzung strafausschließende Bedeutung zukomme. Wir sind vielmehr der Ansicht, daß dieser Passsus aufgenommen wurde, um einer allzu sophistischen Auslegung des Art. 240 zum vornherein entgegenzutreten.

[40]) Vgl. auch Breithaupt, Volenti non fit iniuria, 64.

[41]) Daß zur Untauglichmachung zum Militärdienst nicht durchwegs schwere Verletzungen notwendig werden, dürfte allgemein anerkannt sein.

Denn, könnte man argumentieren, da die Selbstverstümmelung strafbar ist, ist die durch einen Dritten vorgenommene Verstümmelung, bezw. Untauglichmachung straflos, vorausgesetzt natürlich, daß sie eine im Sinne des Gesetzes einfache Körperverletzung darstellt[42]). Durch die Aufnahme von Art. 240 Abs. 2 ist einer solchen Auslegung kein Raum gegeben. Wir halten also nach wie vor daran fest, daß Art. 240 einen Ausnahmefall darstellt, aus dem nicht der verallgemeinernde Schluß gezogen werden darf, es komme der Einwilligung zu einer Körperverletzung in allen andern Fällen strafausschließende Wirkung zu.

Nach diesem Exkurs kehren wir zu der auf Antrag zu verfolgenden Körperverletzung des Art. 109 Ziff 1 Abs. 1 E. zurück. Nach dieser Bestimmung gestaltet sich die Stellung des Arztes nicht so einfach, als man vielleicht annehmen möchte. Denn es ist in Betracht zu ziehen, daß dadurch, daß die Einwilligung in der zitierten Bestimmung nicht speziell erwähnt ist, das Antragsrecht nicht konsumiert wird. So kann der Patient dem Arzte die Erlaubnis zu einer Operation erteilen, dann aber, nachdem diese ausgeführt ist, dennoch gegen den Arzt Strafanzeige einreichen wegen Körperverletzung. Wenn auch dieses Verhalten gegen die Regeln von Treu und Glauben verstößt, so sind wir dennoch der Ansicht, daß der Arzt verurteilt werden müßte. Diese Frage hat Gerland ventiliert, und er kommt zum Schlusse, daß dieser Inkonsequenz nur dadurch entgegengetreten werden kann, daß diejenigen Gesetzgebungen, welche die beiden Begriffe der Einwilligung und des Antragsrechts gebrauchen, den Satz enthalten müßten, daß die Einwilligung die Entstehung des Antragsrechts hindert[43]).

Zusammenfassend können wir sagen, daß sich aus der lex lata keine Anhaltspunkte dafür gewinnen lassen, daß die Einwilligung des Verletzten grundsätzlich die Vornahme ärztlicher Eingriffe rechtfertigen würde. Es wäre dies bloß dann möglich, wenn die Einwilligung im gesetzlichen Tatbestande ausdrücklich erwähnt wäre. Bei denjenigen Körperverletzungen, die bloß auf Antrag verfolgt werden, kann dagegen die Möglichkeit einer relevanten Ein-

[42]) Aus naheliegenden Gründen würde der Verletzte keinen Strafantrag stellen.

[43]) Gerland, VD A 2, 526.

willigung in Betracht gezogen werden. Doch ist zu bedenken, daß diese Lösung praktisch eine unbefriedigende ist, indem der Arzt Gefahr läuft, trotz anfänglich bekundeter Einwilligung des Patienten von diesem nachträglich vor das Forum des Richters gezogen zu werden.

IV. Die Theorie des Gewohnheitsrechts.

Es ist das Verdienst Oppenheims, die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe auf das Gewohnheitsrecht zurückgeführt zu haben[44]). Der genannte Autor gelangt dazu auf Grund folgender Erwägungen. Ärztliche Eingriffe an Menschen wurden von jeher vorgenommen, ohne daß die Berechtigung dazu in Zweifel gezogen worden wäre. Erst in neuerer Zeit wurde die Frage aufgeworfen, aus welchem Grunde solche Handlungen berechtigt seien. Oppenheim führt den Umstand, daß man diese Frage einer eingehenderen Würdigung unterzog darauf zurück, daß die medizinische Wissenschaft stetig auf dem Wege des Fortschrittes begriffen ist, und daß die durch sie angezeigten Eingriffe kühner, und in gewissem Sinne auch gefahrvoller sind, als sie es früher waren. Anderseits hat sich in der rechtlichen Beurteilung dieser Fragen insofern nichts geändert, als sich nach wie vor die Gesetze darüber ausschweigen, die Vornahme ärztlicher Eingriffe also stillschweigend als rechtmäßig anerkannt wird. „Wenn aber die Dinge so liegen", sagt Oppenheim, „dann brauchen wir zur Erklärung der Tatsache, daß ärztliche Eingriffe berechtigt sind, nicht Konstruktionen zu Hilfe zu rufen, welche den Lebenserscheinungen nicht gerecht werden. Die Tatsache erklärt sich vielmehr iuristisch aus sich selbst: sie ist eine solche des Gewohnheitsrechtes".

Um zu untersuchen, wie weit das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ein Recht zu ärztlichen Eingriffen gibt, ist es notwendig, daß man das Gebiet der ärztlichen Tätigkeit zum Gegenstande der Untersuchung macht. Hier gelangt nun Oppenheim zu einem doppelten Resultat. Einmal zu dem negativen Ergebnis, daß es unmöglich ist, ein für allemal festzustellen, welche Eingriffe der Arzt im einzelnen vornehmen darf, und auf welche Art, da sich

[44]) Oppenheim, a. a. O. 16 ff.

der stets fortschrittlichen ärztlichen Wissenschaft neue Wege und Mittel eröffnen. Positiv dagegen steht fest, daß körperliche Eingriffe an Menschen zu ärztlichen Zwecken überhaupt berechtigt sind: „Der ärztliche Zweck ist das gewohnheitsrechtliche Fundament des Rechts zum ärztlichen Eingriff, das dieses Recht konstituierende Moment.“ Ferner ist erforderlich, daß noch weitere Bedingungen im Einzelfalle vorliegen müssen, um die Rechtmäßigkeit solcher Eingriffe zu begründen.

Oppenheim unterscheidet, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, sechs verschiedene Zwecke: 1. Heilung von Krankheiten; 2. Linderung von Krankheiten; 3. Vorbeugung gegen Krankheiten; 4. Korrektur entstellender körperlicher Mängel; 5. Geburtshilfe (u. U. auch Abtreibung und Perforation); 6. Experimente an Kranken zwecks deren Heilung, an Kranken und Gesunden zum Zwecke der Fortbildung ärztlichen Wissens und Könnens.

Bei der weitern Untersuchung der Bedingungen, welche im Einzelfalle vorliegen müssen, damit der ärztliche Eingriff ein rechtmäßiger sei, gelangt Oppenheim zu einer Reihe von Leitsätzen, die er der täglich geübten und gebilligten Praxis entnommen hat. Wir bemerken dazu nur soviel, daß der Vorwurf, der Oppenheim gelegentlich gemacht wird[45]), es enthalten diese Leitsätze Widersprüche, nicht stichhaltig genug ist, um der Theorie ihren Wert abzusprechen. Es liegt durchaus in der Natur der Sache begründet, wenn diese Regeln kein geschlossenes, eines jeden Widerspruches enthobenes Ganzes bilden. Eine Rechtsmaterie möglichst einheitlich zu regeln, ist dem Gesetzesrechte vorbehalten, da hier der Wille zum vornherein darauf gerichtet ist, Recht zu schaffen. Wo aber, wie beim Gewohnheitsrecht, das Volk unmittelbarer und unbewußter Erzeuger des Rechtes ist, kann es nicht verwundern, wenn sich Unebenheiten ergeben, die, hätte der Wille Recht zu schaffen zum vornherein bestanden, jedenfalls vermieden worden wären.

Größere Beachtung ist dem weitern Einwand zu schenken, daß sich die von Oppenheim formulierten Leitsätze von gewohnheitsrechtlichen Normen im allgemeinen darin unterscheiden, daß es

[45]) Vgl. z. B. v. Bar, a. a. O. 86.

jenen an Kürze und Klarheit gebricht[46]). Denn es ist eine Eigentümlichkeit des Gewohnheitsrechts, daß seine Normen, die ihre Entstehung dem Volksgeiste verdanken, wie dieser klar und einfach sein müssen. Diesem Einwand entgeht Oppenheim auch damit nicht, daß er bemerkt, daß sich die von ihm formulierten Sätze vorab mit der Ansicht der Ärzte decken[47]). Sondern es läßt sich im Gegenteil daraus entnehmen, daß er sich allzu einseitig auf die von den Ärzten geübte Praxis stütze, und weniger Rücksicht nahm darauf, wie sich das Volk zu dieser Praxis verhält. Sonst hätte er, um ein Beispiel anzuführen, u. E. kaum zu dem Satze gelangen können[48]), daß zwecks sog. Euthanasie narkotische Mittel angewendet werden dürfen, trotzdem sie möglicherweise oder gar wahrscheinlich den Tod beschleunigen[49]). Wir wagen vielmehr zu behaupten, daß die Vornahme der Euthanasie sich mit der Anschauung des Volkes nicht deckt. Mag auch diese Maßnahme vom Standpunkte des Arztes aus für gegeben erscheinen, die Angehörigen eines Sterbenden werden sie vielfach nicht billigen[50]). Dies ist unsere Auffassung von der Euthanasie und davon, wie sich das Volk zu ihr einstellt. Den Beweis dafür, daß unsere Behauptung den tatsächlichen Verhältnissen entspricht, vermögen wir allerdings nicht zu erbringen, so wenig wie Oppenheim darzutun vermochte, daß seine Ansicht der Rechtsüberzeugung der breiten Volksmasse entspricht. Um Gewohnheitsrecht nachzuweisen bedarf es eben mehr, als sich bloß vorzustellen, wie es etwa sein könnte.

Es stellt sich in diesem Zusammenhange die weitere Frage, welches im einzelnen die das Gewohnheitsrecht konstituierenden Momente sind. Die Basler-Antrittsrede Oppenheims, in welcher er erstmals seine Theorie der Öffentlichkeit zugänglich machte, läßt

---

[46]) Stooß, Chirurgische Operation etc. 102.

[47]) Oppenheim, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, in Z 6, 333 f.

[48]) Oppenheim, Das ärztliche Recht etc., 30.

[49]) Von uns spationiert.

[50]) Ein berühmter Arzt hat den Ausspruch getan, daß man bis zum Eintritt des Todes nie die Hoffnung aufgeben dürfe, da es nicht ausgeschlossen sei, daß eine plötzliche Wendung eintreten könne, die den Patienten auf den Weg der Genesung zurückzuführen imstande sei.

eine Definition des Gewohnheitsrechts vermissen. Erst in einer spätern Abhandlung geht er auf diese Frage ein. Dort sagt er: „Erfordernisse des Gewohnheitsrechts sind nach der communis opinio einmal die konstant und längere Zeit hindurch fortgesetzte Übung eines Grundsatzes und zweitens die opinio necessitatis, d. h. die Überzeugung der die Übung vornehmenden Personen, daß der geübte Grundsatz ein Rechtssatz sei“ [51]). Es bedeutet nun eine völlige Verkennung des Problems überhaupt, wenn Oppenheim annimmt, daß eine communis opinio über die Struktur des Gewohnheitsrechts bestehe. Das Gegenteil ist den Darlegungen von Stooß [52]) zu entnehmen, welcher sich auf die diesbezüglichen Ausführungen bei Dernburg [53]), Wächter [54]) und Merkel [55]) beruft [56]).

Wir können nicht achtlos an der Tatsache vorübergehen, daß Oppenheim zu sehr auf das subjektive Moment abstellt und so zu einer Begriffsbestimmung gelangt, die dem Gewohnheitsrecht notwendigerweise seinen verbindlichen Charakter nehmen muß. Wir betrachten es als mit dem Gewohnheitsrecht unvereinbar, wenn es seine Verbindlichkeit aus „der Überzeugung der die Übung vornehmenden Personen“ schöpfen soll. Was würde denn das anderes heißen, als daß jeder sein eigener Gesetzgeber würde, denn das wäre schließlich die Konsequenz dieser Anschauung [57]).

Es kann also nicht nur darauf ankommen, daß eine Handlung vom Gesichtspunkte des sie Vornehmenden rechtmäßig sei, sondern es bedarf dazu der Billigung der breiten Volksmasse. In seiner Basler-Antrittsrede berücksichtigt Oppenheim diese allerdings [58]). Dort supponiert er die „Rechtsüberzeugung des Volkes“;

---

[51]) Oppenheim, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, Z 6, 335.

[52]) Stooß, Z 7, 194 f.

[53]) Dernburg, Pandekten, I, S. 58, 1884 (zitiert nach Stooß, a. a. O.).

[54]) Wächter, Pandekten, I, S. 103 (zitiert nach Stooß, 1. c.).

[55]) Merkel, Enzyklopädie, §§ 112 und 113.

[56]) Vgl. auch Steinmetz, Irrtum und Gewohnheitsrecht, 17, und Gmür, Zivilgesetzbuch und Gewohnheitsrecht, 24 ff., insbes. 27 f.

[57]) Grundsätzlich richtig Gmür, (a. a. O. 22 f.), welcher verlangt, daß die opinio necessitatis eine allgemeine sein müsse.

[58]) Man beachte die Inkonsequenz: einerseits ist — nach Oppenheim — das Gewohnheitsrecht bedingt durch die „Überzeugung der die Übung vor-

aber mehr als eine dialektische Überlegung kann hierin kaum erblickt werden. Soll seine Theorie eine feste Form erhalten, so muß zuerst der Beweis dafür erbracht werden, daß sich tatsächlich die Überzeugung der Volksgenossen mit derjenigen der Ärzte deckt. Diese Beweisführung halten wir aber nicht für möglich, indem wir uns nicht vorstellen können, daß sich über die zum Teil komplizierten Sätze Oppenheims eine allgemeine Volksüberzeugung gebildet haben könnte.

Wir haben die Theorie des ärztlichen Zwecks als gewohnheitsrechtliches Fundament ärztlicher Eingriffe nur in ihren wesentlichen Punkten berührt, und sind zu dem Resultate gelangt, daß sie abzulehnen sei. Daß die Theorie, neben ihren schwachen Seiten, auch Vorzüge aufzuweisen hat, wurde selbst von ihrem heftigsten Widersacher Stooß anerkannt. So kann es namentlich als das Verdienst Oppenheims betrachtet werden, dargetan zu haben, von welchen Anschauungen sich die Ärzte leiten lassen, wenn sie in den Fall kommen, Eingriffe an Menschen vornehmen zu müssen. Hierin erschöpft sich aber das Verdienst Oppenheims, sein Ziel, die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe zu begründen, hat er nicht erreicht.

V. Die Notwendigkeit des Eingriffs.

Dietrich begründet die ärztlichen Eingriffe dadurch, daß er sagt: „Der Grund, weshalb das Gesetz die ärztlichen Eingriffe nicht verbieten kann und nicht verbietet, weshalb sie erlaubt und rechtmäßig sind, ist (mithin) die leidige Tatsache, daß sie, selbst Übel, zur Fernhaltung und Beseitigung größerer Übel, zur Verwirklichung solcher Zwecke, die das Gesetz selber im Auge hat, notwendig sind“ [59]).

---

nehmenden Personen“ und, abgesehen von der längere Zeit hindurch fortgesetzten Übung eines Grundsatzes, nur durch diese; anderseits aber, so in seiner Basler-Antrittsrede (die den Ausgangspunkt bildete!), erhebt er die „Rechtsüberzeugung des Volkes“ ebenfalls zu einem das Gewohnheitsrecht konstituierenden Moment.

[59]) Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, 59.

Dietrich argumentiert folgendermaßen [60]). Er geht aus von dem Satze, daß Strafgesetz und ärztliche Kunst wenn nicht durchwegs gleiche, so doch parallele Zwecke verfolgen, nämlich die Verhinderung gewisser, für den Menschen nachteiliger Übel. Daraus folgert er, daß sich das Gesetz selbst widersprechen würde, wenn es die ärztlichen Eingriffe, die den vom Gesetz gewünschten Zustand zu erreichen bestrebt sind, verbieten wollte. Freilich stellen die ärztlichen Eingriffe Übel dar, die das Gesetz an sich verbietet. Doch sieht es ein, daß sie unumgänglich notwendig sind, wenn seinen Intentionen entsprochen werden soll: es gestattet mithin die Förderung dieser Übel stillschweigend, weil nur durch diese der von ihm bezweckte Zustand geschaffen werden kann.

Diese von Dietrich begründete Theorie hat in der Literatur nicht große Beachtung gefunden. U. E. mit Recht. Wir begnügen uns damit, sie mit den Worten zu widerlegen, welche wir bei Wein finden [61]):

„Er (Dietrich) übersieht dabei, daß ein Satz der Vernunft, so berechtigt er auch erscheinen mag, nur dann und soweit einen Einfluß auf das positive Recht zu üben vermag, wenn er auch formell durch eine der beiden Rechtsquellen anerkannt ist. Würde eine Forderung der Logik ohne weiteres als Ausnahmerechtssatz gelten, so wäre z. B. eine Bestimmung über den Notstand überflüssig“ [62]).

Die Notwendigkeit allein begründet die Rechtmäßigkeit ärztlicher Eingriffe also nicht. Vor dem Gesetze stellen sie Körperverletzungen dar und müssen als solche bestraft werden. Das Gesetz darf sich nicht darum kümmern, ob in seinem Interesse gehandelt wird, wenn zugleich eine solche Handlung einen von ihm mit Strafe bedrohten Tatbestand darstellt. Wir glauben, daß sich das Gesetz, sollte es den von Dietrich angezeigten Weg einschlagen, weit mehr widersprechen würde.

---

[60]) Dietrich, a. a. O. 58 ff.

[61]) Wein, Das Prinzip des überwiegenden Interesses etc., 13.

[62]) Stooß, Chirurgische Operation etc., 104, verleiht derselben Ansicht Ausdruck: „Dietrich übersieht also, daß ärztliche Eingriffe, wenn sie Körperverletzungen sind, nur durch einen Rechtssatz als berechtigt anerkannt werden können, und daß dieser Rechtssatz aus einer Rechtsquelle nachzuweisen ist“.

VI. Das Prinzip des überwiegenden Interesses.

Auf dieses Prinzip führt Wein die Straflosigkeit der ärztlichen Eingriffe zurück[63]). Seinen Inhalt umschreibt er folgendermaßen[64]): „Im Falle eines echten[65]), nicht anders lösbaren Interessenkonflikts ist das verhältnismäßig geringere Rechtsgut dem bedeutenderen aufzuopfern.“ Der genannte Autor unternimmt es sodann, diesen Satz mit der Rechtsordnung in Vereinbarung zu bringen; als Quelle nennt er den allgemeinen Grundgedanken der Relativität aller Rechte[66]). Er zeigt dann weiter, daß überall da, wo das Gesetz die Rechtswidrigkeit einer an sich strafbaren Handlung ausschließt, der Gesetzgeber sich in einer Notlage befand, der er nur dadurch entgehen konnte, daß er dem genannten Prinzip zur Geltung verhalf[67]).

Nach diesen allgemeinen Erörterungen geht Wein dann dazu über, den ärztlichen Eingriff durch sein Prinzip zu rechtfertigen[68]). Er unterscheidet zwei Gruppen von Kollisionsfällen: den Normalfall, daß sich nur zwei Interessen widerstreiten: die Körperintegrität und die Heilung des Kranken; ferner den Fall, daß ausnahmsweise ein drittes Interesse hinzutreten kann, die Freiheit der Willensbestimmung des Kranken über sein Geschick. Diese beiden Fälle sind nach drei Seiten hin zu untersuchen: a) liegt ein echter Interessenkonflikt vor? b) wie gestaltet sich die Lösung dieses Konflikts durch den Heileingriff im Sinne des Prinzips? c) ist das Prinzip durch die Rechtsordnung im speziellen anerkannt? Die folgenden Untersuchungen beziehen sich auf den Normalfall.

Zu a) bemerkt Wein, daß ein echter Interessenkonflikt nicht in allen Fällen, da eine Heilung erwirkt werden soll, vorliegt. Für

---

[63]) Vgl. Wein, Das Prinzip des überwiegenden Interesses und die Straflosigkeit des Heileingriffs, 19 ff.

[64]) Wein, a. a. O. 22.

[65]) Unter einem echten Interessenkonflikt ist zu verstehen der Fall, da zwei Interessen einander widerstreiten und das eine nur dadurch geltend gemacht werden kann, daß das andere vernichtet wird.

[66]) „Der Wert der Rechtsgüter ist ein relativer, und relativ ist daher auch die Wirksamkeit ihrer Schutznormen, der Rechte, die ja nur der formelle Ausdruck für die von der Rechtsordnung anerkannten Interessen sind.“ (S. 24).

[67]) Vgl. die Kasuistik S. 28 ff.

[68]) Wein, a. a. O. 33 ff.

sie gilt das Prinzip nicht, sondern nur für die nicht seltenen Fälle, da eine echte, nicht anders lösbare Interessenkollision das Feld behauptet.

Um die nicht leicht zu lösende Frage zu beantworten, welches Interesse im Einzelfalle als das überwiegende zu betrachten ist, hält sich Wein an v. Bar[69]), welcher die Entscheidung vom Gesichtspunkte der Rationalität aus fällt. Als rationelles Vorgehen bezeichnet er dasjenige, welches bezweckt, durch ein relativ geringes Opfer ein größeres zu vermeiden.

Was schließlich die Anerkennung des Prinzips durch die Rechtsordnung betrifft, so findet Wein diese nicht im Gesetzesrechte enthalten, sondern er führt sie auf das Gewohnheitsrecht zurück[70]).

Bei der Besprechung der Theorie Oppenheims haben wir zu der Frage, ob Gewohnheitsrecht als strafrechtliche Quelle überhaupt Geltung beanspruchen dürfe, nicht Stellung genommen. Es war uns dort mehr daran gelegen, darzutun, daß sich ein Gewohnheitsrecht überhaupt nicht nachweisen ließ. Dazu war es nötig, daß von der Voraussetzung ausgegangen wurde, es sei das Gewohnheitsrecht als Quelle des Strafrechts grundsätzlich anzuerkennen.

Wir fügen noch bei, daß Wein der Vorwurf, es seien die von ihm aufgestellten Rechtssätze nicht klar und einfach genug, nicht gemacht werden kann. Er hat diesen Mangel an den Oppenheimschen Sätzen erkannt[71]), und sich selbst danach gerichtet. Er bringt dies mit den Worten zum Ausdruck:

„Gewohnheitsrecht muß, da es der Rechtsüberzeugung des Volkes entspricht, klar und einfach sein.

Diesen Anforderungen aber entspricht unser Grundsatz m. E. mehr als irgend ein anderer; denn was erscheint einfacher, selbstverständlicher, als daß es vernünftig und gerechtfertigt ist, ein kleineres Übel zu erleiden, um ein größeres zu verhüten?!"

Ob, und wenn ja, inwieweit das Gewohnheitsrecht als strafrechtliche Quelle anzuerkennen sei, ist sehr bestritten. Oppen-

[69]) v. Bar, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, GS **60**, 97.

[70]) Wein, a. a. O. 36.

[71]) Wein, a. a. O. 13.

heim[72]) und Wein[73]) sind der Ansicht, daß dem Gewohnheitsrecht die Eigenschaft einer strafrechtlichen Quelle zuzuerkennen sei, soweit dadurch nicht dem Satze „nulla poena sine lege" widersprochen werde. Der Tenor dieses Satzes ist klar: keine Tat darf bestraft werden, die nicht vom Gesetz unter Strafe gestellt ist[74]); anderseits aber, dies ist die logische Folgerung, findet das Strafgesetz auf alle diejenigen Handlungen Anwendung, die es mit Strafe bedroht.

Wenn nun die genannten Autoren von der Voraussetzung ausgehen, daß der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung darstellt, so ist es nicht begreiflich, wenn sie diese gleichsam „vertuschen" wollen, indem sie sich auf ein Gewohnheitsrecht berufen, an das sie, wie sie ja selbst zugeben, nicht glauben. Inwieweit wäre denn der Satz „nulla poena sine lege" und dessen Folgerung, daß eine mit Strafe bedrohte Handlung zu bestrafen sei, noch unangetastet?!

Wein führt die Ursache, weshalb das Gewohnheitsrecht von vielen Schriftstellern als strafrechtliche Quelle abgelehnt werde, darauf zurück, daß zu wenig zwischen dem Einfluß des Gewohnheitsrechts auf den Tatbestand einerseits und die Strafandrohung anderseits unterschieden werde: „Letztere Norm, die an den Tatbestand des Verbrechens die Rechtsfolge der Strafe knüpft, kann weder vom Gewohnheitsrecht geschaffen noch abgeändert werden: Der Satz „Nulla poena sine lege poenali" bleibt unangetastet. Der Tatbestand aber, dessen Elemente meist andern Rechtsgebieten angehören — z. B. Eigentumsbegriff beim Diebstahl —, dem Privatrecht, dessen Rechtswidrigkeit überhaupt vielfach durch diese Rechtsquellen bestimmt wird, kann sowohl hinsichtlich eines speziellen wie bezüglich eines generellen Deliktsmerkmals, insbesondere der Rechtswidrigkeit durch das Gewohnheitsrecht beeinflußt werden"[75]).

---

[72]) Oppenheim, a. a. O. 18.

[73]) Wein, a. a. O. 36.

[74]) Vgl. Art. 1 E.

[75]) In diesem Sinne äußern sich auch Hafter, Keine Strafe ohne Gesetz, 9 f.; Guang-Tsu, Über das Prinzip „nulla poena sine lege" im modernen Recht, 67. Positiver und allgemeiner als bei diesen kommt der Gedanke auch bei Thormann, Zivilgesetzbuch und Strafgesetzentwürfe, in Festgabe für Eugen

Nach Wein gibt es also zwei Arten der Körperverletzung: eine solche, die durch das Gesetzesrecht verboten ist, und eine andere, die das Gewohnheitsrecht vorzunehmen erlaubt. Dies ergibt sich als logische Folgerung seiner Ausführungen. Denn Wein geht ja von der Ansicht aus, es stelle der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung dar; anderseits bestreitet er auch nicht, daß die lex scripta diese bestraft; dagegen stellt er die allgemeine Behauptung auf, eine Abänderung eines strafrechtlichen Tatbestandes könne durch Gewohnheitsrecht erfolgen, wenn die Tatbestandsmerkmale auch andern Gebieten als demjenigen des Strafrechts angehören. Diese Ansicht lassen wir aber nur soweit gelten, als eine das betreffende Tatbestandsmerkmal begrifflich verändernde Beeinflussung sich geltend macht, daß also ein vom Strafrecht verschiedenes Rechtsgebiet den Begriff der Körperverletzung sachlich umschreibt und diese Begriffsbildung dann vom Strafrichter übernommen wird und den Ausgangspunkt für die Beurteilung des Verhältnisses des Täters zum betreffenden Tatbestand bildet. Dieser nicht strafrechtliche Tatbestand kann z. B. sagen: „als Körperverletzung zu betrachten ist das Versetzen eines Messerstichs, das Ausreißen einer Haarlocke, das Infizieren mit einer Krankheit"; nicht aber: „eine Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn sie zum Zwecke einer Operation vorgenommen wird". Begriff und Zweck sind auseinanderzuhalten. Derjenige Strafrichter, welcher, davon überzeugt, daß die Handlung des Täters einen gesetzlichen Tatbestand erfüllt — mag nun das einzelne Tatbestandsmerkmal von einem andern Rechtsgebiete beeinflußt sein oder nicht — auf den Zweck abstellt, zu dem die Handlung vorgenommen wurde, macht sich zweifellos einer Verletzung des Grundsatzes „nulla poena sine lege" schuldig; und zwar in dem Sinne, daß er eine durch das Gesetz bedrohte Handlung nicht bestraft.

Wenn, wie das Bundesgericht entschieden hat, „maßgebend für die Auslegung strafrechtlicher Bestimmungen nicht die ratio [76]),

---

Huber 1919, S. 165 zum Ausdruck, wo er sagt, daß „sich Strafrecht und Zivilrecht im Rechtssystem unabhängig gegenüber stehen, so daß beide Materien ihre Begriffe nach den eigenen Bedürfnissen entwickeln können".

[76]) BGE **46**, I 172.

sondern ihr Wortlaut sei“ [77]), so finden wir darin eine Erhärtung für unsere geäußerte Ansicht. Denn ist es nicht die objektiv zu ermittelnde ratio der Bestimmung, die ausschlaggebend ist, so kann es noch weitaus weniger der mit dem Täter in Verbindung zu bringende Zweck der Handlung sein.

Unser Resultat läßt sich auch durch folgende Überlegung ermitteln. Anerkennt das Zivilrecht grundsätzlich das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle, so ist dies hinsichtlich des Strafrechts nicht der Fall. Es kann sich bei dieser Rechtsmaterie, wie wir gezeigt haben, nur etwa darum handeln, daß eine Abfärbung auf den Tatbestand erfolgt. Das Privatrecht läßt aber noch ein weiteres zu, nämlich die Rechtsfindung [78]). Daß sich eine solche nicht mit dem Strafrecht in Vereinbarung bringen läßt, braucht nicht speziell bebetont zu werden [79]). Eine solche übt aber zweifellos derjenige Strafrichter, welcher, in der Annahme, daß der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung darstellt, diese nicht bestraft. Seinem Empfinden widerspricht es, den den Tatbestand der Körperverletzung erfüllenden ärztlichen Eingriff zu bestrafen; er setzt sich daher über das Gesetz hinweg und findet für diesen Fall eine Bestimmung, wonach der ärztliche Eingriff von Strafe auszunehmen ist.

Durch diese Darlegungen dürfte die Behauptung W e i n s, daß 1. der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung darstelle, 2. die lex scripta die Körperverletzung bestrafe und daß 3. die lex non scripta die durch ärztlichen Eingriff verursachte Körperverletzung nicht bestraft wissen wolle, widerlegt sein.

Dem Prinzip des überwiegenden Interesses fehlt in casu die Anerkennung durch die Rechtsordnung. Die Tatsache, daß das Gesetz die Körperverletzung als solche bestraft, wird durch dieses nicht aus dem Wege geschafft. Auch kann es W e i n nichts helfen, wenn er den Nachweis erbracht hat, daß sich der Gesetzgeber durch dieses Prinzip im allgemeinen leiten ließ: dieses ist nur soweit anzuerkennen, als es Bestandteil des positiven Rechts bildet, darüber

[77]) C l a r a M a u r h o f e r, Der Grundsatz nulla poena sine lege in der schweizerischen Gesetzgebung und der Praxis des Bundesgerichts, 50.

[78]) ZGB Art. 1 Abs. 2 und 3.

[79]) T h o r m a n n, a. a. O. 175.

hinaus aber darf es keine Geltung beanspruchen. Wir berufen uns dafür auf den Grundsatz, daß Analogie im Strafrecht unzulässig ist.

VII. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wie der Titel sagt, nimmt die von Rosenberg zur Rechtfertigung der ärztlichen Eingriffe begründete Theorie ihren Ausgangspunkt von einem Institut des Privatrechts [80]).

Rosenberg geht davon aus [81]), daß das bürgerliche Recht Eltern, Vormündern und Pflegern die Pflicht auferlegt, für die Person ihrer Schützlinge zu sorgen. Diese Fürsorgepflicht ist der Ausfluß eines Rechtsinstituts, beruht also nicht auf einem bloß tatsächlichen Verhältnis. Sie kann sich auf verschiedene Gebiete erstrecken. Sowohl für die äußere Wohlfahrt eines Menschen muß gesorgt werden, wie auch für dessen Bildung, und nicht zuletzt kann sie die Pflege einer kranken Person bezwecken [82]). Derjenige, in dessen Obhut sich die kranke Person befindet, ist in den meisten Fällen auf Sachverständige angewiesen. Zu diesen sachverständigen Personen sind die Ärzte vor allem zu rechnen. Diese üben ihre Tätigkeit im Auftrage und an Stelle des Fürsorgeberechtigten aus. Ihr Wirkungskreis bemißt sich nach dessen Recht und nach dem von ihm erteilten Auftrag.

Anders verhält es sich jedoch dann, wenn ein sog. Notfall vorliegt, d. h. wenn ärztliche Hilfe notwendig wird, bevor dem Arzte ein Auftrag erteilt werden kann, dieser aber dennoch einen entsprechenden Eingriff vornimmt. In einem solchen Falle liegt das

---

[80]) Rosenberg, Strafbare Heilungen, in GS **62**, 62 ff.

[81]) a. a. O. 71 ff.

[82]) Rosenberg beruft sich dafür auf die Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches **4**, 755, wo es heißt: „Gewöhnlich wird das der Mutter während des Bestehens der Ehe neben dem Vater zustehende Recht als „Erziehungsrecht" bezeichnet. Diese Bezeichnung ist jedoch zu eng. Sie trifft nur eine Seite der tatsächlichen Sorge für die Person des Kindes; sie umfaßt nicht auch die Pflege des Kindes in Krankheitsfällen oder in solchen Fällen, in welchen von einer Erziehung des Kindes, z. B. wenn dasselbe blödsinnig ist, überhaupt nicht die Rede sein kann. Um auch diese Fälle zu decken, bestimmt der § 1506 Abs. 1 ganz allgemein, daß die Mutter die Pflicht und das Recht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, jedoch mit der Beschränkung, daß ihr die gesetzliche Vertretung des Kindes nicht zusteht".

Rechtsinstitut der negotiorum gestio vor, der Arzt ist negotiorum gestor. Zum Beweise dafür, daß eine solche nicht nur bei der Sorge um Vermögensrechte vorkommt, beruft sich Rosenberg auf den Wortlaut der §§ 679 [83]) und 685 Abs. 2 [84]) BGB. Er nimmt nun allerdings daran Anstoß, daß der Arzt für seine Bemühungen kein Honorar, sondern lediglich Ersatz seiner Aufwendungen verlangen darf [85]). Doch erblickt er einen Ausweg darin, daß der Arzt eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen kann: „Das Vermögen einer Person kann durch Leistungen jeder Art bereichert werden, sofern dieselben einen Vermögenswert besitzen. Solche Leistungen können auch Arbeits- und Dienstleistungen sein. Hat derjenige, welcher Dienste oder Arbeiten geleistet hat, dieselben nur gegen Entgelt verrichten wollen und bleibt die erwartete Gegenleistung aus, so ist das Vermögen des Leistungsempfängers ohne rechtlichen Grund bereichert worden. Die Voraussetzungen wegen ungerechtfertigter Bereicherung liegen also vor. Ob der Arzt sein Geld unter dem Titel „Honorar“ oder „Herausgabe“ bekommt, ist praktisch ganz gleichgültig“ [86]).

Soviel für den Fall, daß es sich um die Vornahme von Eingriffen an Personen handelt, die sich unter einer Schutzgewalt befinden. Als dritte Möglichkeit zieht Rosenberg in Betracht, daß eine Person, die in keinem Schutzverhältnis zu einer andern Person steht, durch Krankheit überrascht wird und sich nicht in der Lage befindet, die nötigen Maßnahmen zur Abwendung der Krankheit zu treffen. Von der Voraussetzung ausgehend, daß eine solche Person sich an den ersten besten Arzt wenden wird, der die nötigen Maßnahmen zu ergreifen von ihr beauftragt wird, schließt Rosenberg durch argumentum e contrario, daß in jedem Falle, da der

[83]) § 679 BGB.: „Ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht, wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde“.

[84]) § 685 Abs. 2 BGB.: „Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen“.

[85]) Vgl. § 683 BGB.

[86]) a. a. O. 74 f.

Kranke einen Auftrag nicht erteilt, aber Gefahr im Verzuge ist, der Arzt damit rechnen dürfe, daß seine Maßnahmen die nachträgliche Billigung des Patienten finden werden, daß diese dem „wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen."

Was an dieser Theorie am meisten auffällt und auch verschiedentlich gerügt wurde [87]), ist der Umstand, daß für die Entschädigung des Arztes der Umweg über die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung eingeschlagen werden soll. Es ist kaum zu viel gesagt, wenn wir die Geschäftsführung ohne Auftrag als ein Institut bezeichnen, das mit Rücksicht auf die Gebote der Hilfsbereitschaft und Uneigennützigkeit seinen Eingang in das Gesetz gefunden hat. Demnach ist sie in ihrem Wesen nach grundsätzlich unentgeltlich, ein Rechtsgrund, um aus ihr Kapital zu schlagen, besteht nicht. Behr nennt diese Konstruktion mit Recht eine gekünstelte, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht [88]). Man stelle sich übrigens die Situation der Ärzte vor, wenn sie gleichsam die Honorierung als Gnade auffassen müßten. Denn auf das käme es letzten Endes hinaus, indem von Fall zu Fall durch den Richter zu entscheiden wäre, ob der Arzt wirklich für seine Bemühungen eine Entschädigung beanspruchen dürfe [89]) [90]).

Daß die ärztliche Hilfeleistung unter den gegebenen Voraussetzungen als Geschäftsführung ohne Auftrag auch nach dem schweizerischen Recht angenommen werden kann, wird z. B. von Fick [91]) anerkannt, doch kaum in dem Sinne, daß damit eine Rechtfertigung der ärztlichen Eingriffe gegeben werden soll. Daß man dies überhaupt kann, halten wir für ausgeschlossen. Es spricht dagegen die grundsätzliche Erwägung, daß es durchaus widersinnig ist, wenn man dem Privatrecht die Rolle zuteilen will, einen

[87]) Vgl. z. B. Behr, a. a. O. 418 und im Anschluß an ihn Schenker, a. a. O. 51.

[88]) Behr, a. a. O.

[89]) Daß der Arzt ein selbständiges Forderungsrecht geltend machen kann, geht z. B. mit aller Deutlichkeit hervor aus SchKG Art. 219.

[90]) Auch nach OR Art. 422 hat der Geschäftsführer grundsätzlich Anspruch auf „alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren"; wird noch anderer Schaden geltend gemacht, so ist dieser nach dem Ermessen des Richters festzusetzen.

[91]) Vgl. Fick, Schweizerisches Obligationenrecht, N 20 zu Art. 419.

offensichtlichen Verstoß gegen ein strafrechtliches Verbot rechtfertigen zu wollen. Hierin erblicken wir den Hauptgrund dafür, daß diese Theorie keine Anerkennung verdienen kann.

VIII. Die Heilbehandlung.

Bis anhin wurde immer von der Voraussetzung ausgegangen, es stelle der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung dar. Hauptvertreter der gegenteiligen Ansicht, wonach der ärztliche Eingriff den objektiven Tatbestand der Körperverletzung nicht erfülle, ist Stooß[92]). Er führt seine Untersuchungen auf Grund des § 223 Abs. 1 RStrG., welcher lautet: „Wer vorsätzlich einen andern körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird wegen Körperverletzung ... bestraft."

Dem Grundgedanken seiner Ansicht verleiht Stooß in folgenden Worten Ausdruck: „Der Chirurg, der einen Patienten operativ behandelt, schädigt den Körper und die Gesundheit des Patienten nicht und will sie nicht schädigen; sein ganzes Bemühen ist vielmehr darauf gerichtet, dem Behandelten wohlzutun und ihn nicht zu schädigen. Der Arzt, der eine operative Behandlung einleitet, übt keine körperverletzende, gesundheitsschädigende Tätigkeit aus; er behandelt den Patienten und mißhandelt ihn nicht"[93]). Daraus geht hervor, daß Stooß den Vorsatz zu schädigen ausschließen will, und zwar durch die subjektive Einstellung des Arztes, dessen „ganzes Bemühen darauf gerichtet ist, dem Behandelten wohlzutun und ihn nicht zu schädigen." Hieraus ergibt sich hinwiederum, daß eigentlich nicht die Behandlung als solche keine Körperverletzung darstellt, sondern lediglich der Enderfolg derselben. Denn Stooß wird kaum behaupten wollen, daß die Operation als solche besonders wohltuend wirkt. Anders faßt Behr die Worte von Stooß auf, wo er sagt: „Wenn er von dem „Wollen", dem „Bemühen" des Arztes spricht, so gibt er damit wortdeutlich zu verstehen, daß er tatsächlich nicht in der Handlung, sondern in der dieselbe leitenden Absicht die Straflosigkeit des

---

[92]) Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung.
[93]) a. a. O. 6.

ärztlichen Eingriffs erblickt; mit andern Worten, das Motiv, der Zweck des Handelns soll die Rechtswidrigkeit ausschließen“ [94]).

Das Ergebnis ist für beide Fälle dasselbe: die Tatsache, daß ein operativer Eingriff eine Körperverletzung zur Folge hat, läßt sich weder beheben dadurch, daß man auf den Erfolg, den die Operation bezwecken soll, abstellt, noch dadurch, daß der Arzt bezweckt, einen wohltuenden Erfolg auf den Körper des Patienten auszuüben.

Wir sind der Ansicht, daß die Frage, ob eine Körperverletzung vorliegt, nach dem Momente beurteilt werden soll, da die Einwirkung auf den Körper stattfindet [95]). Ursache des Eingriffs und der durch diesen erhoffte Erfolg [96]) sind daher bedeutungslos. Gehen wir davon aus, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der ärztliche Eingriff, die Operation, als eine Körperverletzung im Sinne des § 223 RStrG. zu betrachten ist.

Im weitern haben wir die Frage mit bezug auf den schweizerischen Entwurf zu untersuchen. Art. 108 Ziff. 1 lautet:

„Wer vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt,

wer vorsätzlich einen Körperteil, ein wichtiges Organ oder Glied eines Menschen verstümmelt oder unbrauchbar macht, einen Menschen bleibend arbeitsunfähig, siech oder geisteskrank macht, das Gesicht eines Menschen arg und bleibend entstellt,

wer vorsätzlich eine andere Schädigung des Körpers oder der körperlichen oder geistigen Gesundheit eines Menschen verursacht, wird ... bestraft.“

Wir gehen auch hier von der Ansicht aus, daß die Frage der Körperverletzung im Augenblicke des Eingriffs in die Integrität eines Menschen beurteilt werden muß.

Diese muß vorsätzlich geschehen. Im Gegensatz zum RStrG. enthält der schweizerische Entwurf eine Legaldefinition des Vorsatzes. Art. 16 Abs. 2 E. sagt: „Vorsätzlich verübt ein Vergehen,

---

[94]) Behr, a. a. O. 37.

[95]) Ähnlich v. Liszt, Lehrbuch 298.

[96]) Wenn man auf den Erfolg abstellen wollte, so wäre jedenfalls derjenige Eingriff als eine strafbare Körperverletzung zu betrachten, bei dem der gewünschte Heilerfolg nicht eintritt.

wer die Tat mit Wissen und Wollen ausführt." Es ist nun interessant zu hören, was Stooß selbst darüber sagt[97]): „Wissen und Wollen begründen den Vorsatz. Doch will der Täter nicht nur das, was er bezweckt, sondern auch das, was er als vielleicht unerwünschtes Mittel zu seinem Zweck wissentlich herbeiführt. Vorsätzlich handelt also z. B. auch der Forscher, der eine Person wissentlich an der Gesundheit schädigt, um wissenschaftliche Beobachtungen an ihr anzustellen. Er will die Person schädigen, weil sein Zweck dieses Mittel erfordert, obwohl ihm diese Schädigung vielleicht sehr unerwünscht ist."

Hier gibt also Stooß unumwunden zu, was er andernorts bestreitet. Es bedarf nur der Einsetzung anderer Größen, und wir erhalten den Satz: „Vorsätzlich handelt der Arzt, der an einer Person wissentlich eine Körperverletzung vornimmt, um diese von einem bestehenden Übel zu heilen. Er will die Person verletzen, weil der Erfolg nur dadurch herbeigeführt werden kann." Es gibt viele Krankheiten, die nur durch einen operativen Eingriff geheilt werden können. Mancher Arzt würde nun vielleicht lieber zu einem andern Mittel greifen, wenn er damit den gleichen Erfolg erzielen könnte. Da es aber kein anderes Mittel gibt, nimmt er bewußt und mit Willen die Schädigung vor, obgleich ihm diese, für sich betrachtet, unerwünscht ist[98]).

Ebenso verhält es sich mit den in Art. 108 Abs. 2 genannten Körperverletzungen. Wer einen Körperteil, ein Organ eines Menschen verstümmelt, begeht damit bestimmt eine Körperverletzung, auch dann, wenn beispielsweise ein Glied aus dem Grunde amputiert werden muß, weil sein Verbundensein mit dem Körper für den Menschen eine große Gefahr bedeuten würde. Man kann bloß behaupten, daß die Amputation nicht der Grund ist, weshalb der Mensch z. B. arbeitsunfähig wird; er wäre es ebenfalls geworden, wäre wohl in den meisten Fällen dem sichern Tode entgegen-

[97]) Stooß, Bericht über den VE zu einem schweiz. Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Exp.Komm. 1899, S. 35.

[98]) So kommt es nicht selten vor, daß sich Ärzte, und selbst gewiegte Operateure, weigern, diese oder jene Operation vorzunehmen, weil die Wahrscheinlichkeit, daß der Patient daran zugrunde geht, größer ist, als die Wahrscheinlichkeit auf Gelingen der Operation und Heilung des Patienten.

gegangen, wenn die Amputation nicht vorgenommen worden wäre. Das ändert aber an der Tatsache nichts, daß eine Körperverletzung vorgenommen wurde.

Es wird nun kaum einen Arzt geben, welcher der Ansicht wäre, daß eine durch operativen Eingriff bewirkte Veränderung des Körpers einer Person nicht eine Verletzung bedeuten würde. Der Laie verbindet mit dem Begriffe der Verletzung gewöhnlich die Vorstellung von einer Wunde, die Blutverlust zur Folge hat. Dies ist nicht durchwegs richtig. Die ärztliche Kunst ist heute so weit fortgeschritten, daß auf Grund von ihr gewisse Operationen vorgenommen werden können, bei denen es möglich ist, daß der Blutverlust, wenn nicht ganz behoben, so doch auf ein Minimum beschränkt werden kann, das in keinem Verhältnis steht zu der Größe und Schwere des operativen Eingriffs. Trotzdem hat die Operation eine Verletzung zur Folge: betrachten wir den Zustand des Patienten in dem Momente, da die Operation eben vorgenommen wurde, den Eingriff selbst, wie das Öffnen der Haut, das Entfernen eines Knochens, so wird niemand daran zweifeln wollen, daß eine Verletzung tatsächlich stattgefunden hat. Dies geht weiter daraus hervor, daß, wenn keine Anstalten getroffen würden, den Heilungsprozeß zu bewirken, der Patient sich in einem Zustande andauernden Unlustgefühls befinden würde.

Wir gehen somit mit allen denjenigen Autoren einig, welche im ärztlichen Eingriff eine Körperverletzung erblicken. Nach der lex lata ist eine andere Lösung unmöglich. Wenn der ärztliche Eingriff keine Körperverletzung bedeuten sollte, so müßte dieser Umstand im Gesetze ausdrücklich Erwähnung gefunden haben.

§ 6. Die Lösung.

A. Allgemeines.

Werfen wir einen Rückblick auf die verschiedenen Theorien, welche zur Rechtfertigung der ärztlichen Eingriffe aufgestellt wurden — ohne daß es, wie gezeigt wurde, einer von ihnen gelungen wäre, eine durchwegs befriedigende Lösung des Problems zu geben

— so möchte man es einerseits fast bedauern, daß es dazu kommen mußte, diese Frage aufzurollen. Damit wurde ein Streit entfacht, der die Literatur wohl um manche Abhandlung bereicherte, an dessen Beilegung aber immer weniger zu denken war, indem fortwährend neue Gesichtspunkte aufgedekt wurden, die eine Einigung in dieser Frage erschwerten.

Jahrhundertelang galt der ärztliche Eingriff als eine Selbstverständlichkeit. Auf einmal aber, wir führen dies auf eine Zeit zurück, da sowohl die medizinische Wissenschaft im Aufstieg begriffen, als auch die Rechtswissenschaft, insbesondere auf dem Gebiete der Gesetzgebung, auf eine Verfeinerung des Rechtssystems bedacht war, wurde die Frage akut, aus welchem Grunde eigentlich die ärztlichen Eingriffe in die Körperintegrität des Menschen als rechtmäßige Handlungen zu betrachten seien. Die Juristen, zum Teil von den Ärzten in ihrem Bemühen unterstützt, ergriff von da an ein wahres Fieber, der Lösung dieser Frage auf den Grund zu kommen. Woran die Unzulänglichkeit der versuchten Lösungen im allgemeinen liegt, das ließen wir bei der Besprechung der einzelnen Theorien gelegentlich durchblicken. Unserer Ansicht kommt v. Sterneck sehr nahe, wo er sagt[1]):

„Einmal ist strenge auseinanderzuhalten der Standpunkt de lege ferenda und der Standpunkt de lege lata. Bei der Interpretation des Gesetzes, und das gilt wohl auch in dieser Frage, ist ganz außer Betracht zu lassen, was der Interpret als wünschenswertes Ergebnis betrachten möchte, das Rechtsbedürfnis muß dabei vollständig unterdrückt werden und einer nüchternen Analyse des Gegebenen Platz machen. Umgekehrt soll vom Standpunkt de lege ferenda der Jurist sich über das Gesetz vollständig erhaben fühlen und seine Konstruktion nicht darum selbst mit scheelen Blicken besehen, weil sie vielleicht die Umstürzung des ganzen Strafgesetzes zur Folge hätte."

Treffender als durch die Worte v. Sternecks läßt sich der von den meisten Autoren begangene Fehler nicht bezeichnen. Es ist tatsächlich so, daß vielfach ein falscher Weg eingeschlagen wurde. Man argumentierte, daß die ärztlichen Eingriffe Körper-

[1]) v. Sterneck, Privilegierte Rechtsgüterverletzung, in GS **69**, 57.

verletzungen seien; dennoch werden sie nicht bestraft; deshalb galt es unter allen Umständen den Grund dafür zu suchen, weshalb sie nicht bestraft werden. Hierin liegt eben auch der Grund dafür, daß in die Literatur einige Theorien Eingang fanden, die auf den ersten Blick erkennen lassen, daß sie das Produkt allerlei Klügeleien sind. Besser und wertvoller als die meisten Theorien wäre die Einsicht gewesen, daß sich auf Grund der lex lata eine Rechtfertigung für die ärztlichen Eingriffe überhaupt nicht finden lasse; daraus wäre zu folgern gewesen, daß das Gesetz eine erhebliche Lücke aufweist, indem logischerweise ärztliche Eingriffe, obschon sie eine Körperverletzung verursachen, ausdrücklich zu gestatten sind, und anderseits hätte daraus der Schluß gezogen werden müssen, daß die Handhabung des Gesetzes insofern eine ungenügende war, als Eingriffe gestattet wurden, die nicht hätten gestattet werden dürfen.

Diese Ansicht ist an sich nicht neu, doch ist es immerhin merkwürdig, daß sie so selten vertreten wird. Es gibt nur wenige Autoren, die eine gesetzliche Regelung der ärztlichen Eingriffe für wünschenswert erachten, die Mehrzahl steht, wie schon erwähnt, auf dem Standpunkt, daß unbedingt eine rein theoretische Erklärung dafür herhalten müsse, den ärztlichen Eingriff vor dem Gesetze zu rechtfertigen.

Damit haben wir die Lösung, wie sie uns für richtig erscheint, bekannt gegeben:

„Weil sich aus der lex lata keine Anhaltspunkte dafür gewinnen lassen, daß der ärztliche Eingriff als eine rechtmäßige Handlung angesehen werden kann, postulieren wir, daß de lege ferenda eine Bestimmung aufzunehmen sei, welche die ärztlichen Eingriffe grundsätzlich gestattet.“

Wir glauben, daß einzig hierin die Möglichkeit liegt, den bestehenden Rechtsstreit allmählich beheben zu können. Auch weitere Vorschläge und Lösungsversuche de lege lata würden nicht imstande sein, die Rechtmäßigkeit der ärztlichen Eingriffe zu erklären. Ein weiteres Hin- und Herdebattieren erübrigt sich umso mehr, als, wie wir gezeigt haben, die Möglichkeit besteht, das Problem auf eine einfache Weise zu lösen.

Damit möchten wir der Wissenschaft, die sich um die Lösung dieses Problems eifrig bemühte, nicht nahetreten. Doch, sagen wir uns, wenn jahrzehntelange Untersuchungen das Resultat, das man von diesen erhoffte, nicht zu zeitigen vermochten, inswischen aber immer neue Gesetze geschaffen wurden, so ist die Verwunderung am Platz, wenn man zugleich die Feststellung machen muß, daß die Gesetzgeber das wenigstens negative Ergebnis dieser doktrinalen Erörterungen sich nicht zunutze gemacht haben. Diese dürfen sich einfach auf die Dauer nicht vor der Tatsache verschließen, daß der ärztliche Eingriff nur durch eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung gerechtfertigt werden kann.

Es läßt sich nun nicht leugnen, daß hauptsächlich in Juristenkreisen gegen eine solche Regelung Stellung genommen wurde; die Ärzte hingegen stellten wiederholt das Begehren, es seien die von ihnen vorgenommenen Eingriffe ausdrücklich durch das Strafgesetz zu gestatten. Psychologisch läßt sich diese verschiedene Stellungnahme der beiden Berufsstände damit erklären, daß die Ärzte auf eine möglichst gesicherte Stellung im Strafgesetz hintendieren, währenddem die Juristen den Ärzten nicht eine zu große Bewegungsfreiheit einräumen möchten. Zudem, argumentieren jene, wäre damit die Gefahr verbunden, daß eine allzu kasuistische Regelung erfolgen müßte, die hinwiederum Lücken aufweisen könnte, sodaß den Ärzten damit durchaus nicht gedient wäre — ein Standpunkt, den wir schon deshalb nicht billigen können, weil zuerst einmal ernsthaft der Versuch gemacht werden müßte, bevor man eine solche Lösung als unglücklich und „lückenhaft" darstellt.

Was nun den schweizerischen Entwurf betrifft, so glaubte man dem Bedürfnis der Ärzte durch Art. 31 genügend entgegengekommen zu sein [2]). Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 31 E. läßt sich wenigstens so viel entnehmen, daß der schweizerische Gesetzgeber grundsätzlich von der Notwendigkeit überzeugt war, die ärztlichen Eingriffe, wenn auch nur mittelbar, zu berücksichtigen. Nachdem wir aber in anderem Zusammenhange dargetan haben [3]), daß Art. 31 E. eine durchaus andere, engere Bedeutung zukommt, als es seine ursprüngliche Bestimmung war, macht sich

[2]) Vgl. z. B. Zürcher, Protokoll der zweiten Expertenkommission 1, 181.
[3]) Vgl. Abh. § 4.

das Bedürfnis erneut geltend, für eine Regelung zu sorgen, die den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt.

§ 7. Fortsetzung.

B. Vorschläge de lege ferenda.

Aus den vorgängigen Erörterungen dürfte hervorgegangen sein, daß wir, einem Gebote der Vernunft folgend, die Vornahme der ärztlichen Eingriffe als solche nicht in Frage gestellt haben. Es erübrigt sich, die Gründe, die für ihre Berechtigung sprechen, ab ovo zu entwickeln. Es wäre auch durchaus widersinnig, wollte man beispielsweise darzutun versuchen, daß ärztliche Eingriffe überhaupt nicht zu gestatten seien. Wir setzen ihre Berechtigung voraus: sie findet, allgemein gesprochen, ihre Begründung im Selbsterhaltungstrieb des Individuums und im Interesse des Staates selbst an einer gesunden Bevölkerung. In der Idee gehen wir also mit Stooß durchaus einig: daß sie rechtmäßig sein sollen, wenn sie grundsätzlich den Zweck verfolgen, dem Patienten zu nützen, wenn sie ihn von einer Krankheit befreien wollen.

Unsere Aufgabe wird im folgenden lediglich darin bestehen, die ärztlichen Eingriffe bezüglich ihrer Rechtmäßigkeit abzugrenzen, d. h. es soll festgestellt werden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit sie rechtens vorgenommen werden. Durch eine solche Regelung wird in der Hauptsache folgendes bezweckt. Es soll durch sie dahin gewirkt werden, daß der Patient nicht dem Arzte auf Gnade und Ungnade unterworfen wird, daß nicht diesem allein die Entscheidung darüber zukommen soll, ob z. B. ein operativer Eingriff vorzunehmen sei. Die gesetzliche Regelung soll vielmehr so erfolgen, daß der Arzt durch die bezügliche Bestimmung gehalten ist, seine Tätigkeit in einer solchen Art und Weise zu entfalten, daß er mit der Möglichkeit rechnen muß, vom Strafgesetz erfaßt zu werden, wenn seine Tätigkeit nicht den noch ins einzelne festzulegenden Bedingungen entspricht.

Die Gefahr, daß dem Arzte eine zu große Bewegungsfreiheit eingeräumt wird, besteht also nicht. Wir betonen ausdrücklich,

daß wir nicht deshalb eine gesetzliche Regelung für wünschenswert erachten, um hauptsächlich den Arzt gegenüber dem Patienten zu schützen, sondern, wie wir wiederholt ausführten, deshalb, damit einmal grundsätzlich festgestellt sei, daß die ärztlichen Eingriffe unter gewissen Voraussetzungen gestattet sein sollen. Eine Regelung hat im Sinne des Satzes „Salus aegroti suprema lex esto" zu erfolgen. Ein anderes Vorgehen ließe sich mit dem Strafgesetz nicht in Einklang bringen.

Soweit wir zu blicken vermögen, sind es in der Hauptsache drei Arten von ärztlichen Eingriffen, die einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Einmal ist das Operations- und Behandlungsrecht an Kranken zu normieren, d. h. diejenige ärztliche Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, eine kranke Person, sei es durch einen operativen Eingriff, sei es durch interne Behandlung, von dem bestehenden Übel zu heilen.

Das Gegenstück dazu bilden die Eingriffe an gesunden Personen. Eine eingehendere Untersuchung wird bezüglich des Hauptfalles zu erfolgen haben, wo es sich um Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit des Menschen auf Grund sozialer Indikation handelt.

Schließlich wird eine Regelung derjenigen Eingriffe zu berücksichtigen sein, die unter die Bezeichnung der gynäkologischen Eingriffe im weitern Sinne zusammengefaßt werden. Es fallen also nicht diejenigen ärztlichen Handlungen darunter, die anläßlich eines normalen Geburtsaktes vorzunehmen sind, sondern nur solche, die zur Förderung eines durch Komplikationen behinderten Geburtsvorganges notwendig werden. Hier sind grundsätzlich zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: entweder hat sich die Mutter einer ihr Leben gefährdenden Operation zu unterziehen, wenn das Kind gerettet werden soll, oder aber, es muß das Kind im Mutterleibe getötet werden, um die Mutter zu retten. An sich stellen die letztgenannten Handlungen Tötungen dar, sodaß sie, auch hier wieder vorausgesetzt, daß gewisse Bedingungen erfüllt sind, durch eine Ausnahmebestimmung zu gestatten sind.

I. Operation und Behandlung.

Von den bereits gemachten Vorschlägen, als wichtigste nennen

wir diejenigen von Brückmann[1]), Dührssen[2]), Heimberger[3]), v. Lilienthal[4]), Spohr[5]), Stooß[6]), Zitelmann[7]), der deutschen Ärztekammer[8]) und der schweizerischen Ärztekommission[9]), unterscheidet nur ein einziger, derjenige von Dührssen, ausdrücklich zwischen Operation und Behandlung. Andere sprechen entweder allgemein von „ärztlicher Behandlung" oder nur von „operativem Eingriff", und eine dritte Gruppe bedient sich der farblosen Bezeichnung „Tat" und „Handlung" des Arztes. Eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Operation und Behandlung halten wir für wünschenswert. Operativer Eingriff, oder Eingriff schlechthin, umfaßt nur die chirurgische Tätigkeit. Viele, wenn auch heute, im Zeitalter der Chirurgie nicht mehr die meisten Krankheitsfälle, werden auf dem Wege der internen Medizin behandelt. Behandlung ist der weitere Begriff; zur Not läßt sich auch der chirurgische Eingriff darunter subsumieren. Doch halten wir eine Normierung in diesem Sinne nicht für opportun; denn dadurch, daß nicht nur rein sprachlich ein Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen herausgelesen werden kann, sondern diese auch in der Literatur auseinandergehalten werden, könnte eine Bestimmung, die nur die „ärztliche Behandlung" gestatten würde, falsch ausgelegt werden, indem wohl die Behandlung im engern Sinne, nicht aber operative Eingriffe als rechtmäßige Handlungen angesehen würden.

---

[1]) Brückmann, Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, in ZStrW **24**, 704 ff.

[2]) Dührssen, St. G. B. und ärztliche Operation, in Medizinische Wochenschrift 1902 Nr. 50/51 (zitiert nach v. Sterneck, a. a. O. 81).

[3]) Heimberger, Berufsrechte und verwandte Fälle, in VD A **4**, 68 f.

[4]) v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in Festgabe für Bekker, 57.

[5]) Spohr, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Maßnahmen, in Z **18**, 185 f.

[6]) Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, 38.

[7]) Zitelmann, Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, 29 f.

[8]) Vorschlag der Kommission der Ärztekammer für die Revision des Strafgesetzbuches, zitiert nach v. Sterneck, a. a. O. 80.

[9]) Eingabe der schweizerischen Ärztekommission vom März 1906, S. 9 f. (eingesehen beim eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement).

Man kann sich weiter fragen, ob Operation und Behandlung bezüglich ihres Zweckes nicht noch näher bestimmt werden sollten. Hierin können wir Heimberger[10]) nicht folgen, wenn er glaubt, darauf verzichten zu können. Er begründet seine Ansicht dahin, daß, wollte man sie, wie es z. B. Spohr und Zitelmann tun, dieser bezüglich des Eingriffs, jener hinsichtlich der Behandlung, nur gestatten, wenn sie einen Heilzweck verfolgen, Handlungen, die zu Verschönerungszwecken vorgenommen werden, oder Impfungen, nicht darunter einbezogen werden könnten. Dies ist soweit richtig. Auf der andern Seite aber ist zu berücksichtigen, daß, wenn man den Zweck nicht näher bestimmt, auch Experimente darunter fallen können. Wir sind entschiedener Gegner solcher Handlungen[11]) und halten nur eine solche Normierung für richtig, welche keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß Handlungen zu Versuchszwecken durch das Strafgesetz nicht geschützt werden. Eine solche Regelung liegt aber nur dann vor, wenn die ärztlichen Handlungen mit bezug auf den Zweck näher bestimmt sind.

Eine mehr oder weniger kasuistische Regelung läßt sich allerdings nicht vermeiden[12]); doch glauben wir, daß eine solche, auch auf die Gefahr hin, daß sie lückenhaft sein sollte, einer Normierung vorzuziehen ist, die durch ihre allgemeine Fassung sämtliche Eingriffe, die von einem Arzte überhaupt vorgenommen werden können, gestatten wollte.

Wir haben nun zu untersuchen, welche Zwecke es sind, auf Grund deren ärztliche Behandlungen vorgenommen werden können. Wir führen die Untersuchung gesondert durch für die Behandlung an Kranken einerseits, und an Gesunden anderseits.

Wie wir die Sache betrachten, hat der Arzt, der einen Kranken zu behandeln hat, nur einen Zweck zu verfolgen, den des Heilens. Um aber festzustellen, ob eine Behandlung notwendig wird, und wenn ja, welche Behandlung, ist es unumgänglich notwendig, daß der Arzt seine Diagnose stellt. Wenn die Behandlung als solche gestattet wird, so ist es durchaus überflüssig, wenn man, wie es

[10]) a. a. O. 61.

[11]) Über die Begründung siehe unten.

[12]) Dies ist hauptsächlich der Grund, weshalb sich Heimberger mit der Bezeichnung „ärztliche Behandlung" begnügen möchte.

z. B. von der Posener Ärztekammer postuliert wurde[13]), Vorbereitungshandlungen, wie sie eben im Stellen der Diagnose zu erblicken sind, speziell gestatten wollte. Diese stellen unter allen Umständen rechtmäßige Handlungen dar, handle es sich nun lediglich darum, zu diagnostizieren auf Grund äußerer Beobachtungen (Messen des Blutdruckes), oder daß dazu eine Einwirkung auf den Körper notwendig wird (Röntgenaufnahmen) oder gar operative Eingriffe (Probeexzisionen, Probepunktionen, explorative Trepanationen). Eine zweckdienliche Behandlung verlangt eine richtige Diagnose.

Handelt es sich dagegen um Eingriffe und Behandlungen an Gesunden, lassen sich vier verschiedene Zwecke unterscheiden.

1. Der prophylaktische Zweck. Es ist klar, daß Eingriffe zu Vorbeugungsmaßnahmen, wie z. B. die Impfung, oder entsprechende Behandlungen, wie sie bei einem Kuraufenthalt in einem Sanatorium verlangt werden, rechtlich anerkannt werden müssen. Durch einfache prophylaktische Maßnahmen können oft schwere Krankheiten verhütet werden. Wo sie indiziert sind, ist der Arzt nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, sie anzuwenden. Ärztliche Handlungen zu prophylaktischen Zwecken sind daher grundsätzlich durch das Strafgesetz zu gestatten[14]).

2. Der Heilzweck zugunsten Dritter. Die einzigen uns bekannten, zu diesem Zwecke angewandten ärztlichen Handlungen sind die sog. Transfusion (Blutübertragung) und die Transplantation (Übertragung von Hautstücken). Beides sind, vorausgesetzt, daß derjenige, welcher sich zu diesen Eingriffen zur Verfügung stellt, an sich harmlose Operationen, die jedenfalls keine bleibende Schädigung der Gesundheit zur Folge haben. Anderseits steht diese in keinem Verhältnis zum Nutzen, den der Kranke, dessen Heilung dadurch erreicht werden soll, daraus zieht. Durch eine Transplantation können seine Leiden, die ihm durch eine offene Wunde verursacht werden, verkürzt werden, und eine Blutüber-

[13]) Siehe bei Heimberger, a. a. O. 45.

[14]) Eine in gewissem Sinne ebenfalls prophylaktische Maßnahme stellen die Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit an Gesunden auf Grund sozialer Indikation dar. Die Schutzmaßnahme bezieht sich hier nicht auf das Objekt der Behandlung selbst, sondern auf Dritte. Vgl. darüber unter II.

tragung kann diesen sogar vom Tode erretten[15]). Es ist daher durchaus gerechtfertigt, wenn auch ärztliche Eingriffe, die zu Heilzwecken zugunsten Dritter vorgenommen werden, durch das Gesetz erlaubt sind.

3. Eingriffe zwecks Korrektur körperlicher Mängel (Kosmetische Operationen). Diese, hauptsächlich von Damen bevorzugten Operationen, werden heutzutage häufiger denn je vorgenommen. Wenn wir für ihre Berechtigung eintreten, so geschieht dies deshalb, weil wir der Ansicht sind, daß jedermann, dem, sei es in gesellschaftlicher Hinsicht, sei es im sozialen Leben überhaupt, durch entstellende körperliche Mängel seine Stellung erschwert wird, das Recht zustehen soll, für die Beseitigung dieser Schönheitsfehler das Nötige zu veranlassen. Es wäre unbillig, wollte man solche Operationen, nur deshalb, weil sie sich vielleicht nicht durch einen sittlichen Zweck rechtfertigen lassen, verbieten.

4. Der wissenschaftliche Zweck. Zu diesem Zwecke vorgenommene Handlungen werden zusammengefaßt unter den Begriff des Experiments[16])[17]). Eine gesetzliche Regelung im posi-

---

[15]) Eine in doppelter Hinsicht bemerkenswerte Notiz aus dem „Berner Tagblatt" vom 7. März 1930, betitelt: Internationale „Blutsgemeinschaft", geben wir hier wieder: „Der Appell an die internationale Solidarität ist beim Völkerbundssekretariat blutige Wahrheit geworden. Mexiko, das nicht Mitglied des Völkerbundes ist, entsandte vor einiger Zeit einen ständigen Beobachter nach Genf, was man in Völkerbundskreisen als hoffnungsvolles Zeichen sehr begrüßte. Der Beobachter, Castro Leal, ist jedoch vor einigen Tagen so schwer erkrankt, daß man um sein Leben fürchten mußte. Am Dienstagnachmittag wurde er in eine Genferklinik gebracht. Dort stellten die Ärzte fest, daß Castro Leal nur durch eine Bluttransfusion zu retten sei. Da der Diplomat in Genf keinen Verwandten oder näheren Bekannten besitzt, schien es unmöglich, eine Person zu finden, die sich für diese Blutübertragung zur Verfügung stellte. Man kam schließlich auf den Gedanken, im Völkerbundssekretariat einen Anschlag anzubringen, in welchem ein gesunder und opferwilliger Mann für diese Operation gesucht wurde. Bis zum Mittwochvormittag haben sich schon 12 Delegierte und Beamte gemeldet, die augenblicklich im Völkerbund tätig sind. Unter diesen suchten die Ärzte die geeignete Person aus, um die Blutübertragung vorzunehmen."

[16]) Man unterscheidet zwei Arten von Experimenten: a) solche, die an sich eine Behandlung darstellen, d. h., es sollen neue Operationen oder neue Behandlungsarten erprobt werden. Da diese als Behandlungen aufzufassen sind,

tiven Sinne fällt zum vornherein außer Betracht. Niemand, von einigen Ärzten vielleicht abgesehen, dürfte eine solche allen Ernstes verlangen. Es ist ein offenes Geheimnis, daß solche Experimente häufig vorgenommen werden. Daß sie verbotene Handlungen darstellen, ist wohl jedem klar, der sie vorzunehmen sich anmaßt. Diese erfüllen zweifellos den Tatbestand der Körperverletzung. Die Ärzte sorgen dafür, daß solche Versuche nicht publik werden, solange wenigstens, bis sie den untrüglichen Beweis dafür in Händen halten, daß das Experiment geglückt ist. Ist dies der Fall, werden sie als Leuchten der Wissenschaft mit einem Glorienschein umgeben, ohne daß es jemandem einfällt, nachzuforschen, was für Opfer das Experiment gekostet hat. Zugegeben, daß solche Nachforschungen in der Regel erfolglos sein dürften. Anderseits aber ist zu verlangen, daß, wenn die Tatsache, daß solche Experimente vorgenommen werden, an die Öffentlichkeit gelangt, d. h. der zuständigen Behörde hinterbracht wird, diese mit aller Strenge dagegen einzuschreiten hat. Schlagwörter, wie, diese seien vorgenommen worden „zum Heil der Wissenschaft", „zum Nutzen und Frommen der Menschheit" etc. vermögen derartigen Eingriffen den kriminellen Charakter nicht zu nehmen.

In Privatbehandlungen sind experimentelle Handlungen des Arztes weniger zu befürchten, indem hier ein persönlicher Kontakt zwischen Arzt und Patient vorhanden ist. Letzterer hat die Möglichkeit und das Recht, von dem Arzte darüber Aufschluß zu verlangen, was mit seinem Körper geschieht, er kann sich auch über den voraussehbaren Erfolg der Behandlung unterrichten lassen. Anders dagegen in Krankenhäusern, vor allem in staatlichen, öffentlichen Krankenanstalten. Das Hauptkontingent der Patienten

fallen sie im Zusammenhange nicht in Betracht; b) den Gegensatz bilden diejenigen Experimente, die rein wissenschaftlichen Wert haben, bei denen also eine Behandlung nicht bezweckt wird. Nur von diesen wird im folgenden die Rede sein.

[17]) Ununterschiedlich, weil für das Resultat ohne Einfluß, behandeln wir in diesem Zusammenhange das Experiment an Gesunden und an Kranken. Es wäre verfehlt, zu glauben, daß nur an kranken Personen herumexperimentiert werde. Es kommt nicht selten vor, daß gesunde Menschen zu Versuchskaninchen herabgewürdigt werden, ohne daß es diesen überhaupt zum Bewußtsein kommt.

setzt sich zusammen aus Individuen der ärmeren Bevölkerungsschicht, aus Leuten, die vielfach froh sind, überhaupt behandelt zu werden. Scheu vor dem Arzte und Unkenntnis ihrer Lage halten sie davon ab, sich über Art und Erfolg der Behandlung zu erkundigen. Sie sind dem gewissenlosen Arzte (wir betrachten solche „Menschheitsbeglücker" immerhin als unlöbliche Ausnahmen), der keine Hindernisse scheut, um berühmt zu werden, auf Gnade und Ungnade ausgeliefert[18]).

Unter solchen Umständen würden wir es als durchaus unrichtig empfinden, wenn in ein Gesetz eine Bestimmung aufgenommen würde, die durch ihre Formulierung der „Experimentier-Leidenschaft" der Ärzte Vorschub leisten würde. Ärztliche Handlungen zu Versuchszwecken an Gesunden wie an Kranken sind unsittlich, und deshalb durch das Strafgesetz nicht zu gestatten. Wenn wir auch hervorgehoben haben, daß die Experimente zu rein wissenschaftlichen Zwecken keine Behandlung im eigentlichen Sinne darstellen, so würde eine Bestimmung, welche die „ärztliche Behandlung" als solche gestatten wollte, keine Gewähr dafür bieten, daß nicht unter Umständen auch Handlungen, die nicht zwecks Behandlung vor-

[18]) Als Illustration dafür, wie skrupellos von gewissen Ärzten vorgegangen wird, führen wir hier einige Beispiele an (zitiert nach Spinner, Ärztliches Recht, 246 ff.): „1. Ein Dr. Cornil erzählt von Versuchen, die ein Arzt an einer Frau mit Mammakarzinom unternahm, indem er von der kranken Brust in Narkose (wohl mit dem Vorgeben einer Operation!) ein Stück in die gesunde Brust implantierte und dadurch tatsächlich ein Karzinom der gesunden Brust erzielte, wobei er noch zwei Monate bis zur Operation wartete. Erfolg: Tod der Patientin!!" — „2. In einem andern Fall verweigerte jedoch die betreffende Frau (unsere Vermutung der vorgeschützten Operation bestätigt sich!), sich noch einmal operieren zu lassen und verließ das Spital mit der frisch aufgepfropften Krankheit. (Weiterer Beweis dafür, daß sie nicht über die Art der Operation aufgeklärt worden war!)" — Mit Recht wendet sich Spinner auch ausdrücklich dagegen, daß inoperable „aufgegebene" Kranke zu Experimentierzwecken verwendet werden. Er führt folgendes Beispiel an: „Ein Dr. Bockhard spritzte versuchsweise eine gezüchtete Gonokokkenkultur in die Urethra eines im Endstadium einer Paralyse liegenden Patienten mit dem Erfolg der Infektion (zitiert nach Haußner, Groß' Archiv 26, 264). — Ein weiterer Kommentar erübrigt sich. Nur fragen wir uns, ob dadurch das Vertrauen in die Ärzte nicht notwendigerweise erschüttert werden muß. Ob es von Nutzen ist, oder nicht, daß das Volk über solche Heldentaten, die sich gewisse Ärzte gestatten, nicht näher unterrichtet ist, lassen wir dahingestellt!

genommen werden, darunter subsumiert würden. Der Begriff „Behandlung" ist ein vieldeutiger, er ist vor allem kein rechtlicher Begriff, sodaß damit gerechnet werden müßte, daß er eine unrichtige Auslegung erfahren könnte [19]).

Wir haben nun weiter zu untersuchen, welches die näheren Bedingungen sind, unter denen der Arzt eine Operation, bezw. eine Behandlung vornehmen darf. Hauptbedingung, die auch in jedem Vorschlage zum mindesten erwähnt, wenn auch nicht unbedingt als positives Erfordernis aufgestellt wird, ist die Einwilligung des zu Behandelnden.

Es ist heute allgemein anerkanntes Prinzip, daß niemand sich gegen seinen Willen ärztlicher Behandlung unterziehen muß. Jedermann ist sein eigener Herr über seinen Körper [20]). Dieses Verfügungsrecht ist aber kein absolutes. Es reicht nur soweit, als die Interessen des Individuums nicht in Kollision treten mit denen der Gesamtheit. D. h. wo es im Interesse der Allgemeinheit liegt, daß sich jemand einen Eingriff in seine Körperintegrität gefallen lasse, wie dies z. B. beim Impfzwang der Fall ist, ist eine Einwilligung, bezw. Weigerung irrelevant. Im Zusammenhange fallen solche Ausnahmefälle außer Betracht. Es handelt sich hier lediglich um die Einwilligung zu Eingriffen, bezw. Behandlungen, die der Einzelne kraft eigenen Rechtes erteilen kann.

Keine Schwierigkeiten bietet der Normalfall, da eine mündige, urteilsfähige, also im vollen Besitze ihrer Geisteskräfte sich befindende Person ihre Einwilligung zu erteilen hat. Die Doktrin ist sich darüber einig, daß der Satz „Ärztliche Behandlung darf nur dann vorgenommen werden, wenn derjenige, den sie betrifft, dazu einwilligt" zur Anwendung kommen muß. Dieser Grundsatz wird im allgemeinen auch von den Ärzten befolgt [21]).

[19]) Es wäre durchaus nicht unmöglich, daß ein Richter annehmen würde, ein Arzt, der solche Experimente an einem Menschen vorgenommen, habe diesen behandelt. Freilich hat er ihn in des Wortes weitester Bedeutung behandelt, aber eben nicht in Verfolgung eines Zweckes, der gestattet ist.

[20]) Dieses Recht läßt sich z. B. aus ZGB Art. 28 Abs. 1 ableiten.

[21]) Vgl. z. B. die diesbezügliche Äußerung von Guggisberg, Geburtshilfe und Strafrecht, 29 f.

Es lassen sich aber bei weitem nicht alle Fälle unter diese einfache Formel bringen. Eine ärztliche Behandlung kann nämlich an Personen notwendig werden, die eine Einwilligung nicht erteilen können, weil sie:

a) unmündig und urteilsunfähig,
b) unmündig, aber urteilsfähig,
c) entmündigt und urteilsunfähig,
d) entmündigt, aber urteilsfähig,
e) mündig und handlungsfähig, aber momentan urteilsunfähig (bewußtlos) sind.

Damit ist aber die Fragestellung noch nicht erschöpft. Es wird weiter zu untersuchen sein, ob in den Fällen a)—d), da ein gesetzlicher Vertreter vorhanden ist, die Einwilligung von diesem erteilt werden muß, oder ob eventuell in den Fällen b) und d) die Einwilligung des urteilsfähigen Patienten als hinreichend betrachtet werden kann. Und schließlich wird zu berücksichtigen sein, daß die Willensäußerung des Vertreters und diejenige des urteilsfähigen Vertretenen einander widersprechen können, sodaß auch für diesen Fall eine Lösung gefunden werden muß [22]).

Wir müssen uns zum vornherein darüber klar sein, daß, trotz der verschiedenen angedeuteten Möglichkeiten, eine gesetzliche Regelung in klarer und möglichst knapper Form gegeben werden muß. So kann z. B. der Vorschlag von Brückmann [23]) als logisch

[22]) Es sind daneben noch andere Möglichkeiten denkbar; auf diese werden wir, soweit wir es für nötig erachten, im Verlaufe der Untersuchung eintreten.

[23]) Der Vorschlag Brückmanns lautet: „Der operative Eingriff bleibt, auch wenn er nicht durch ein Vertragsverhältnis oder die Einwilligung des verfügungsberechtigten Patienten gedeckt ist, straflos in den folgenden Fällen: wenn er I. 1. dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Operierten entspricht, 2. in Ermangelung eines solchen Willens angemessen ist. II. Ist der Operierte eine willensunfähige Person (Geisteskranke, Geistesschwache) oder ein Kind unter 12 Jahren, so bleibt er straflos, wenn er 1. dem Willen des gesetzlichen Vertreters entspricht und angemessen ist, 2. in Ermangelung eines solchen Willens oder eines gesetzlichen Vertreters angemessen ist. III. Ist der Operierte ein Kind über 12, aber unter 18 Jahren, so bleibt er straflos, wenn er 1. dem Willen des gesetzlichen Vertreters und des Kindes entspricht und angemessen ist. Befindet sich der Wille des Vertreters mit dem des Kindes nicht in Einklang, so geht derjenige vor, der mit der Angemessenheit übereinstimmt, 2. in Ermangelung eines Willens des Kindes dem Willen des Vertreters entspricht

und erschöpfend angesehen werden, aber, wie Heimberger[24]) nicht mit Unrecht einwendet, kann er als Bestandteil eines Gesetzes nicht in Betracht kommen, hauptsächlich auch deshalb nicht, weil den Ärzten nicht zugemutet werden kann, im konkreten Fall die verschiedenen Möglichkeiten gegenwärtig zu haben und auseinanderhalten zu können[25]) [26]). Gegen den Vorschlag Brückmanns ist ferner einzuwenden, daß eine Beurteilung der Urteilsfähigkeit nicht nach einem zahlenmäßig festgesetzten Modus erfolgen kann. Das Einsichtsvermögen des Individuums kann nicht von der Erreichung eines bestimmten Altersjahres abhängig gemacht werden. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß sich der eine Mensch früher, der andere später entwickelt, je nach Veranlagung, Erziehung und Milieu[27]).

Zu der Beurteilung des Verhältnisses zwischen gesetzlichem Vertreter und Vertretenem bezüglich der Erteilung der Einwilligung zu ärztlicher Behandlung, bemerken wir lediglich folgendes.

Es versteht sich von selbst, daß in den Fällen, da der zu Behandelnde nicht urteilsfähig ist, dieser eine relevante Einwilligung nicht erteilen kann. Die Kompetenz der Einwilligungserteilung steht hier jedenfalls dem Vertreter zu. Anderseits glauben wir, daß überall da, wo derjenige, welcher sich ärztlicher Behandlung unterziehen sollte, urteilsfähig ist, die Konsequenzen einer Behandlung also beurteilen kann, allein dazu legitimiert sein soll, die Einwilli-

---

und angemessen ist (II, 1), 3. in Ermangelung eines Willens des Vertreters dem Willen des Kindes entspricht, und angemessen ist, 4. in Ermangelung eines Willens oder eines gesetzlichen Vertreters angemessen ist (II, 2)."

[24]) Heimberger, a. a. O. 63 ff.

[25]) Der Beruf des Arztes bringt es mit sich, daß vielfach rasch gehandelt werden muß, wenn ein Patient vor unmittelbarer Lebensgefahr bewahrt bleiben soll. Man stelle sich nun die Situation vor, da ein Arzt, bevor er zum Eingriff schreitet, das Strafgesetz konsultiert, um ja nicht der Gefahr zu begegnen, wegen eigenmächtigen Eingriffs verurteilt zu werden.

[26]) Brückmann dürfte im Grunde der Dinge von der praktischen Durchführbarkeit seines Vorschlages ebenfalls nicht völlig überzeugt sein; er wehrt sich zum vornherein gegen den allfälligen Einwand, daß seine Bestimmung zu kompliziert sei, indem „diese Fülle der Fälle nicht von ihm geschaffen und erdacht, sondern dem Problem als solchem entwachsen seien" (a. a. O. 707, Anm. 61).

[27]) Vgl. jedoch Brückmann, a. a. O. 705, Anm. 58 a.

gung zu erteilen, bezw. sie zu verweigern. Folgende Gründe sprechen hauptsächlich dafür. Einmal ist zu berücksichtigen, daß die Anschauung darüber, ob eine Behandlung für notwendig erachtet wird oder nicht, rein individuell ist. Der eine ist vielleicht ohne weiteres gewillt, seinen Beschwerden durch einen zweckdienlichen ärztlichen Eingriff Einhalt zu tun; der andere dagegen fühlt sich durch die Krankheit nicht dermaßen behindert, daß ihm eine ärztliche Behandlung unbedingt notwendig erscheint. Im letzteren Falle können auch Erwägungen finanzieller Natur den Betreffenden davon abhalten, sich in ärztliche Behandlung zu begeben. Es mag vielleicht etwas hart und unverantwortlich erscheinen, wenn wir unserem Gedanken mit den Worten Ausdruck verleihen, daß es nicht in der Macht eines Dritten stehen darf, eine Person zu einer Operation zu zwingen, auch dann nicht, wenn diese nach seinem persönlichen Ermessen und nach objektiver Anschauung nicht nur angebracht, sondern vielleicht durchaus notwendig erscheint. Wir müssen uns dessen bewußt sein, daß die Aufnahme der Einwilligung in den Tatbestand nicht aus rein formellen Gründen verlangt wird: es handelt sich nicht vor allem darum, dem Arzte damit seine Stellung unnötig zu erschweren, sondern vielmehr darum, demjenigen, den der Eingriff betrifft, sein Verfügungsrecht über seinen Körper nach Möglichkeit zu wahren. Er allein soll bestimmen dürfen. Gerade an der Theorie vom ärztlichen Berufsrecht hat sich die Unzulänglichkeit des Zustandes, daß der Patient dem Willen des Arztes unterworfen sein soll, erweisen lassen. Der gleiche mißliche Zustand würde geschaffen, wenn man einem vom Arzte verschiedenen Dritten das Recht zugestehen wollte, durch die Erteilung der Einwilligung über den Körper des andern zu verfügen. Diese Überlegung zwingt uns zu dem Schlusse, daß überall da, wo es sich um die Vornahme eines ärztlichen Eingriffs, bezw. einer ärztlichen Behandlung an einer urteilsfähigen Person handelt, diese ausschließlich dazu berechtigt sein soll, die Einwilligung dazu zu erteilen, bezw. sie zu verweigern. Wir glauben auch, daß sich für die gegenteilige Ansicht, wonach der Vertreter des zu Behandelnden dazu kompetent sein sollte, keine stichhaltigen Gründe anführen ließen [28]).

[28]) Vgl. z. B. auch ZGB Art. 409 und 410, in denen dem Gedanken, daß

Es bleibt nun noch übrig eine Lösung für den Fall zu finden, da eine mündige und handlungsfähige Person im Moment, da an ihr ein ärztlicher Eingriff vorgenommen werden sollte, weil es ihr Zustand erfordert, urteilsunfähig ist[29]), und somit eine Einwilligung dazu nicht erteilen kann. Aus naheliegenden Gründen kann hier auch die Einwilligung eines gesetzlichen Vertreters nicht erreicht werden. Wie hat sich der Arzt unter solchen Umständen zu verhalten?

Von den meisten Autoren wird hier der „mutmaßliche Wille" des Patienten als ausschlaggebend betrachtet. Mag es auf den ersten Blick gefährlich erscheinen, solche unbestimmte Begriffe einer strafrechtlichen Bestimmung einzuverleiben, so ist doch anderseits zu sagen, daß der Begriff des „mutmaßlichen Willens" nur scheinbar unbestimmt ist. Denn in den meisten Fällen ist der Arzt berechtigt, den mutmaßlichen Willen des Patienten dahin auszulegen, daß dieser ihm, wäre er dazu imstande, die Einwilligung zur Vornahme der nötigen Maßnahmen erteilen würde. Es erklärt sich dies aus dem jedem normal veranlagten Menschen innewohnenTrieb der Selbsterhaltung.

Fraglich ist, ob der Arzt sich auch im gegenteiligen Falle über den mutmaßlichen Willen des Patienten schlüssig sein kann, wo dieser einen Selbstmordversuch unternommen und sich eine Verletzung beigebracht hat, die ärztliche Hilfe notwendig macht. Man wird hier ohne weiteres geneigt sein, den mutmaßlichen Willen des Patienten dahin auszulegen, daß er ärztliche Hilfe verweigern würde. Wir sind vielmehr der Ansicht Rosenbergs[30]), daß der Wille desjenigen, der Selbstmord begehen will, wohl darauf gerichtet ist, seinem Leben ein Ende zu bereiten, daß er aber damit nicht die Konsequenzen eines mißglückten Selbstmordversuches auf sich nehmen, d. h. durch die beigebrachte, nicht den sofortigen Tod zur Folge habende Verletzung einem langsamen, qualvollen

---

bei unmündigen und entmündigten Personen auf deren Urteilsfähigkeit größtmögliche Rücksicht zu nehmen ist, Ausdruck verliehen wird.

[29]) Man denke an die häufigen Fälle, da ein Mensch durch Unglücksfall betroffen und ihm dadurch das Bewußtsein geraubt wird.

[30]) Rosenberg, a. a. O. 75.

Tode entgegengehen will. Wir möchten allerdings einem allfälligen Einwand, daß diese Annahme nicht für alle Fälle notwendigerweise zutreffen müsse, also eine Fiktion bedeute, seine Berechtigung nicht absprechen. Allein eine solche Fiktion ist notwendig. Denn die öffentliche Ordnung duldet nicht, daß Personen, die verletzt worden sind, gleichgültig aus welchem Grunde, einfach ihrem Schicksal überlassen werden.

Dadurch nun, daß wir den mutmaßlichen Willen des Patienten für alle Fälle dahin auslegten, daß dieser willens sei, ärztliche Hilfe zu beanspruchen, können wir Umgang nehmen davon, den Begriff des „mutmaßlichen Willens" in die vorzuschlagende Bestimmung aufzunehmen. Wir nennen die Sache bei ihrem richtigen Namen und sagen, daß überall in den Fällen, da eine Einwilligung weder vom Betroffenen selbst, noch von seinem gesetzlichen Vertreter beigebracht werden kann, der Arzt die Behandlung vornehmen darf, wie wenn ihm die Einwilligung dazu erteilt worden wäre. Dadurch erfährt der Grundsatz, daß niemand sich gegen seinen Willen behandeln zu lassen braucht, durchaus keine Beeinträchtigung. Eine Einwilligung, die nicht erteilt werden kann, kommt nicht unbedingt einer Weigerung gleich. Zürcher hat sich einst anläßlich der Beratungen der zweiten Expertenkommission auf eine Stelle bei Kohler[31]) berufen, wo dieser sagt, daß ein Strafgesetz so beschaffen sein müsse, daß jeder ehrlich Denkende sicher sein könne, in seinem ehrlichen Verhalten unbehelligt zu bleiben. Wir glauben es der an sich verantwortungsvollen Stellung der Ärzte schuldig zu sein, daß wir ihnen dort, wo nicht ein bewußter Widerspruch mit den Interessen des Patienten festzustellen ist, eine gewisse Bewegungsfreiheit einräumen. Es wäre unbillig, wenn ein Arzt, der in ehrlichem Glauben und Pflichteifer handelt, indem er z. B. einer bewußtlosen, durch Unglücksfall betroffenen Person seine Hilfe angedeihen läßt, nachträglich vor das Forum des Richters gezogen werden könnte und eine Bestrafung gewärtigen müßte, lediglich auf Grund des Umstandes, daß er die betreffende Person ärztlich behandelte, ohne deren Einwilligung dazu erhalten zu haben!

[31]) Vgl. Protokoll der zweiten Expertenkommission 1, 181.

Es bleibt in diesem Zusammenhange noch ein weiteres zu prüfen übrig, nämlich die Frage, ob eventuell noch andere Personen als der gesetzliche Vertreter kompetent seien, eine Einwilligung zu erteilen. Diese Frage hat erstmals Stooß aufgeworfen, wenn er sagt[32]): „Es ist (übrigens auch) ungewiß, wer zur Vertretung eines Patienten berufen sei. Man wird dieses Recht der Übung gemäß den nächsten Angehörigen des Patienten zugestehen, selbst wenn sie im übrigen zu einer Vertretung nicht berufen sind.“ Wenn wir auch dieser von Stooß geäußerten Ansicht eine gewisse Berechtigung nicht absprechen möchten, so hegen wir doch anderseits gewisse Bedenken dagegen, daß der Kreis der einwilligungsberechtigten Personen von Gesetzes wegen auf die Angehörigen des Patienten auszudehnen sei[33]). Wenn wir uns dagegen aussprechen, so geschieht dies aus der grundsätzlichen Erwägung heraus, daß es viele Fälle gibt, in denen das Verhältnis des Patienten zu seinen Angehörigen kein gutes ist, diese also nicht unter allen Umständen diejenige Entscheidung treffen würden, die dem Patienten zum Wohle gereicht[34]). Wir haben uns ja schon da eine große Zurückhaltung auferlegt, wo es galt, die Frage zu lösen, ob, wenn Vertreter und Vertretener in der Lage sind, eine Einwilligung überhaupt zu erteilen, das Recht dazu dem Vertreter oder seinem Schutzbefohlenen zustehen solle. Die gleichen Erwägungen, welche uns zu dem Schlusse gelangen ließen, daß, wo irgend möglich, der Patient selbst bestimmen solle, sind auch hier zu berücksichtigen. Wir sind der Ansicht, daß es genügt, wenn der Kreis der einwilligungsberechtigten Personen auf den Patienten, ev. auf dessen gesetzlichen Vertreter beschränkt bleibt[35]). Liegt der Fall

---

[32]) Stooß, a. a. O. 38.

[33]) Wir bemerken ausdrücklich, daß es Stooß lediglich darum zu tun war, eine Anregung zu geben und nicht mit einem durchdachten Vorschlage aufzuwarten.

[34]) Wir stützen uns dafür nicht auf bloße Vermutungen, sondern es ist erwiesen, daß es eine relativ hohe Anzahl von Fällen gibt, in denen die Familienverhältnisse dermaßen schlechte sind, daß sich die einzelnen Familienangehörigen gegenseitig nach dem Leben trachten, so daß es für diese unter Umständen einen „glücklichen Zufall“ bedeuten würde, wenn sie einem ihrer Angehörigen ärztliche Hilfe verweigern und ihn damit dem Tode nahebringen könnten.

[35]) Wo es sich um die Behandlung eines urteilsunfähigen Kranken handelt,

so, daß der Arzt eine Person zu behandeln hat, die aus Gründen physischer Unmöglichkeit ihre Einwilligung nicht erteilen kann, so soll er die Behandlung vornehmen dürfen, die ihm angemessen erscheint. Die Gefahr, daß dem Patienten dadurch geschadet wird, ist jedenfalls bedeutend kleiner, als wenn man das Verfügungsrecht seinen Angehörigen zuerkennen wollte, für deren redliches Verhalten, wie gezeigt wurde, a priori keine Gewähr besteht. Der Arzt dagegen steht dem Patienten indifferent gegenüber, und die Auffassung seines Berufes zwingt ihn zu nutzbringender Tätigkeit.

Endlich haben wir der Frage Beachtung zu schenken, wer eigentlich, wenn er jemanden ärztlich behandelt, gegen strafrechtliche Verfolgung geschützt sein soll. Bis anhin gingen wir von der sozusagen selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß der Schutz vor Strafe dem Arzte zukommen solle, wobei unter Arzt diejenige Person zu verstehen ist, die auf Grund wissenschaftlicher Studien den Fähigkeitsbeweis zur Heilung von Krankheiten erbracht hat, und der die Bewilligung zur Ausübung des Berufes eines Arztes von Staates wegen erteilt wurde.

Daß es vor allem die Ärzte sind, welche in ihren Vorschlägen verlangen, daß nur der approbierte [36]), bezw. patentierte Arzt [37]) berechtigt sein solle, ärztliche Eingriffe straflos vorzunehmen, dürfte nicht sonderlich verwundern. Allein wie wir die Sache für schweizerische Verhältnisse betrachten, erscheint es uns sehr fraglich, ob diese Ansicht zu billigen sei. Wenn Art. 33 Abs. 1 BV. bestimmt, daß es den Kantonen anheimgestellt bleibe, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweise der Be-

---

steht, wie dargetan wurde, das Recht zur Einwilligung dem gesetzlichen Vertreter zu. Da nun vielfach die Vertretereigenschaft den nächsten Angehörigen selbst, den Eltern, zusteht, so kann es nicht vermieden werden, daß es diesen zukommt, die Einwilligung zu erteilen, bezw. sie zu verweigern. Eine Regelung in dem Sinne zu beantragen, daß zwischen gesetzlichem Vertreter als Angehörigem, und zwischen gesetzlichem Vertreter als Drittperson zu unterscheiden wäre, dürfte kaum Beachtung finden, umsoweniger, als, trotz der Häufigkeit des Vorkommens schlechter Familienverhältnisse und deren voraussehbaren Folgen diese dennoch gegenüber denjenigen Fällen, da sich die Angehörigen des Kranken dessen Wohl angelegen sein lassen, Ausnahmen bilden.

[36]) Vorschlag der deutschen Ärztekammer.

[37]) Vorschlag der schweizerischen Ärztekommission.

fähigung abhängig zu machen, so geht daraus eindeutig hervor, daß eine Pflicht, nur patentierten Ärzten die Berufsausübung zu gestatten, nicht besteht. So befolgen denn auch die Kantone Appenzell A. Rh.[38]) und Glarus[39]) das Prinzip der Freizügigkeit, und zwar in Ausübung eines Rechts, das ihnen durch die Verfassung garantiert ist[40]).

Die Konsequenz einer Privilegierung der patentierten Ärzte wäre nun die, daß der durch die Verfassung garantierten Freizügigkeit notwendigerweise Einhalt getan würde. Die Freigebungskantone wären dadurch gezwungen, die Ausübung ärztlicher Tätigkeit ebenfalls nur patentierten Ärzten zu gestatten, wenn sie nicht entweder dem Strafgesetz bewußt zuwiderhandeln oder aber es auf sich nehmen wollten, ein wahres Dorado für unermüdliche Richter zu werden. Soviel über die rechtliche Seite der Frage.

Ein anderes Moment spricht ebenfalls gegen die Beschränkung der Ausübung ärztlicher Tätigkeit auf die patentierten Ärzte. Wir schließen uns Heimberger an, wo er sagt[41]): „Vor allem sehe ich keinen Grund, die vorgeschlagene Sonderbestimmung auf die approbierten Ärzte zu beschränken. Die Ausübung der Heilkunde ist in Deutschland freigegeben[42]), und es ist rechtlich vollkommen

---

[38]) Das Recht zu höherer operativer Chirurgie und zur Geburtshilfe indessen steht nur patentierten Ärzten zu.

[39]) Zu amtlichen Funktionen sind nur patentierte Medizinalpersonen zugelassen.

[40]) In Art. 33 Abs. 2 BV. behält sich der Bund das Recht vor, auf dem Wege der Bundesgesetzgebung dafür zu sorgen, daß die in Abs. 1 leg. cit. erwähnten Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können. Dieses Gesetz wurde unter dem Titel „Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals“ geschaffen und trat am 19. Dez. 1877 in Kraft. Sein Inhalt geht dahin, daß es nur die Zulassung zum Berufe regelt, also die Bedingungen für den Befähigungsausweis festsetzt. Das Recht der Kantone, die Ausübung des Arztberufes von einem Patent abhängig zu machen oder nicht, wird dadurch keineswegs beeinträchtigt; vgl. dazu Schollenberger, Staats- und Verwaltungsrecht der schweizerischen Kantone 2, 116 und Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 299 f.

[41]) Heimberger, a. a. O. 48.

[42]) Es wird eben vielfach übersehen, daß auch die Schweiz die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit letzten Endes freigegeben hat, wenn auch nur in dem negativen Sinne, daß für die Kantone nicht die Pflicht besteht, die Ausübung

gleichgültig, ob mir der Laie oder der Arzt meine Gesundheit wiedergegeben oder den Eintritt größeren Schadens von mir abgewendet hat. Haben sie mich aber schuldhafterweise geschädigt, so verdient der eine wie der andere die Strafe der fahrlässigen Körperverletzung. Es wäre unlogisch, den Kurpfuscher für seinen Eingriff schlechtweg aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung zu bestrafen, auch dann, wenn er den Kranken geheilt und gerettet hat, ebenso unlogisch, wie wenn man den Eingriff des Arztes aus diesem Gesichtspunkte beurteilt. Die Approbation kann an der tatsächlichen wie rechtlichen Bedeutung des Eingriffs nichts ändern“ [43]). Daß in der Tat viele ärztliche Handlungen von Laien vorgenommen werden, läßt sich nicht leugnen. Man denke nur an die erste Hilfe bei Unglücksfällen (z. B. in den Bergen, wo ein Arzt nicht erreichbar ist) oder an die Krankheitsfälle in der Familie, wo sozusagen für jede harmlosere Krankheitserscheinung irgend ein probates Mittel vorhanden ist. Solche Fälle ließen sich beliebig vermehren. Es wäre durchaus ungerecht, wollte man dadurch, daß man die Vornahme ärztlicher Handlungen nur den patentierten Ärzten gestatten würde, die sachgemäße Behandlung eines Laien unter Strafe stellen. Viele, so namentlich die Ärzte, erblicken darin ein Mittel, um dem Kurpfuscherwesen zu steuern. Doch würden wir uns davon keinen großen Erfolg versprechen. Die Erfahrung lehrt, daß das Kurpfuschertum derart überhandgenommen hat und immer größere Kreise zieht, daß ihm durch eine solch indirekte Bestimmung kaum Einhalt getan werden könnte: „Will man das Kurpfuschertum bekämpfen, so ist hier nicht der Ort dazu; jedenfalls aber darf man es nicht in der Weise tun, daß man den Kurpfuscher grundsätzlich auch dort wegen Körperverletzung bestraft, wo er das Gegenteil derselben, eine Heilung herbeigeführt hat“ [44]) [45]).

---

des ärztlichen Berufes nur den patentierten Ärzten zu gestatten. Die Tatsache, daß die meisten Kantone ein Patent verlangen, ändert daran nichts.

[43]) Ähnlich Zitelmann, a. a. O. 26. Er glaubt auch, daß „man damit auf den bösesten Weg kommen würde, den die Gesetzgebung gehen kann, den Weg einer lex specialis, den Weg eines Berufsprivilegs“.

[44]) Heimberger, a. a. O. 49.

[45]) Ähnlich v. Bar, GS **62**, 110: „Ob der Staat die sog. Kurpfuscherei unter

Arzt und Nichtsachverständiger haben die ärztliche Tätigkeit mit der erforderlichen Sorgfalt und mit dem nötigen Geschick auszuführen [46]). Obschon sich dies eigentlich von selbst versteht, halten wir die Aufnahme dieser Bedingung in die Gesetzesbestimmung für wünschenswert. Denn derjenige, welcher sich eine Operation oder eine Behandlung vorzunehmen anmaßt, sei er nun Arzt oder Laie, soll sich darüber im klaren sein, ob er seiner Aufgabe gewachsen ist. Die Ärzte werden es im allgemeinen sein, nicht aber unter allen Umständen diejenigen, welche sich, sei es gewerbsmäßig oder bloß gelegentlich, mit der Heilung von Krankheiten befassen. „Unkenntnis des ärztlichen Wissens ist ein Kennzeichen vorhandener Schuld“ [47]), „Unwissenheit macht verantwortlich“ [48]): wird dieser Grundsatz an Ort und Stelle dem Gesetze einverleibt, so dürfte dieser sowohl den Arzt als auch den Laien davon abhalten, Behandlungen vorzunehmen, von denen sie nicht wissen, ob sie die richtigen sind, oder zu deren Vornahme ihnen die nötige Geschicklichkeit fehlt.

Auf Grund dieser Erörterungen schlagen wir folgende Bestimmung vor:

„Keiner strafbaren Handlung schuldig macht sich derjenige, welcher unter Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt und mit der nötigen Geschicklichkeit an einem Menschen mit dessen Einwilligung eine Operation oder ärztliche Behandlung vornimmt, wenn durch diese der Betreffende selbst oder ein Dritter geheilt, oder wenn gegen eine Krankheit vorgebeugt oder ein körperlicher Mangel beseitigt werden soll.

Ist derjenige, an dem die Operation oder die Behandlung vorgenommen werden soll, urteilsunfähig, so steht das Recht, die Einwilligung zu erteilen, seinem gesetzlichen Vertreter zu. Ist ein solcher nicht vorhanden oder nicht erreichbar, so darf die Operation, bezw. die Behandlung dennoch vorgenommen werden, es sei denn, daß die Urteilsunfähigkeit vorübergehend und ein Schaden durch die Verzögerung nicht eintritt.“

Polizeistrafe stellen mag, ist für unsere Frage — die Frage der Verantwortlichkeit wegen Gesundheitsbeschädigung — gleichgültig“.

[46]) So Dührssen, a. a. O.

[47]) Griot, Das Recht am eigenen Körper, 95.

[48]) Kollbrunner, Die rechtliche Stellung des Arztes, 93.

II. Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit.

Wir betreten damit kein neues Gebiet, indem Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit des Menschen von alters her und zu den verschiedensten Zwecken vorgenommen wurden[49]). Im Laufe der Zeit haben sich allerdings Mittel und Zwecke geändert. So wurde die Kastration[50]), als der schwerere, Körper und Geist des Kastraten in Mitleidenschaft ziehende Eingriff allmählich von der Sterilisation[51]) abgelöst. Diese Erscheinung hängt eng zusammen mit dem Kulturfortschritt einerseits, und, dadurch bedingt, mit den durch die Eingriffe verfolgten Zwecken anderseits. Die Kastration, die hauptsächlich von orientalischen Völkern angewendet wurde, galt vielfach als Strafe für bestimmte Verbrechen[52]), ferner nahm sie der Sieger an dem Besiegten vor, dann aber waren auch religiöse Gründe maßgebend, sodaß sich ganze Sekten der Kastration unterwarfen[53]). Häufig bildeten sie auch nur das Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes. Hierher gehört die ebenfalls im Orient beliebte Heranziehung von Haremswächtern, den sog. Eunuchen, und ferner die in Italien vielfach vorgenommene Kastration von Sopranisten[54]).

Es ist nun klar, daß dort, wo ein Eingriff in die Fortpflanzungsfähigkeit nicht als Selbstzweck und lediglich zur Verstümmelung, sondern, allgemein gesprochen, zu Heilzwecken vorgenommen werden wollte, die medizinische Wissenschaft darauf bedacht sein mußte, einen entsprechenden Eingriff zu finden, der die nachteiligen Folgen, wie sie durch die Kastration im allgemeinen aus-

---

[49]) Vgl. darüber Möbius, Über die Wirkungen der Kastration, 15 ff.

[50]) Kastration ist diejenige Operation, durch welche die Keimdrüsen vollständig zerstört oder unbrauchbar gemacht werden (Spinner, Ärztliches Recht, 300).

[51]) Sterilisation hat die Zerstörung der Zeugungsfähigkeit zur Folge, ohne daß dem Körper Organe entfernt werden, und die Keimdrüsen intakt bleiben (Spinner, a. a. O. 304).

[52]) Sehr wahrscheinlich für Sittlichkeitsdelikte.

[53]) So sollen in Rußland die Skopen die Kastration bis in die neueste Zeit vorgenommen haben.

[54]) Dies ist der einzige uns bekannte Fall, da Kastrationen im Abendlande und in früherer Zeit zu andern als zu Heilzwecken vorgenommen wurden.

gelöst werden, nicht, oder nur in vermindertem Maße zeitigt[55]). Als ein solcher Eingriff kann die Sterilisation angesprochen werden.

Wir haben früher bereits darauf hingewiesen, in welcher Richtung wir das Problem zu behandeln gedenken. Es soll im folgenden lediglich untersucht werden, ob Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit des Menschen auf Grund sozialer Indikation zu gestatten seien. Sind solche Eingriffe medizinisch indiziert, so bedürfen sie einer besondern gesetzlichen Regelung insofern nicht, als sie als Operationen zu betrachten sind, wie jede andere auch, die zu Heilzwecken vorgenommen wird.

Die moderne Gesetzgebung konnte sich bis anhin, trotz vieler Postulate und Anregungen, mit dem Gedanken, daß Eingriffe in die Fortpflanzungsfähigkeit lediglich auf soziale Indikation hin ausgeführt werden sollten, nicht befreunden. Ihre Zurückhaltung, die sie sich in dieser Frage auferlegte, darf indessen nicht als renitentes Verhalten ausgelegt werden. Denn wir haben es hier mit einem Problem zu tun, das ein Produkt neuester Zeit ist, sodaß eine Klärung, wie sie manches andere Gebiet im Laufe der Zeit erfahren durfte, nicht erfolgen konnte. Der Gedanke hat zweifellos etwas Befremdendes an sich. Auf der einen Seite ist man bemüht, die Körperintegrität des Menschen nach Möglichkeit zu schützen, Eingriffe in diese nur zu gestatten, wenn diese und jene Bedingungen erfüllt sind, auf der andern Seite aber wird verlangt, der Staat solle solche Eingriffe gestatten, bezw. sie gebieten, ohne Rücksichtnahme auf eine eventuelle Weigerung des Betreffenden, sondern einzig deshalb, weil damit das Wohl der Allgemeinheit gefördert werde.

Damit haben wir angedeutet, worin das „soziale" Moment, das hier als ausschlaggebender Faktor in Frage kommt, besteht. Dem Begriffe „sozial" ist seine ursprünglichste Bedeutung beizumessen; es wird damit ein Verhalten bezeichnet, das im Interesse der Sozietät, der Volksgemeinschaft liegt[56]). Dieses soziale Verhalten soll

[55]) Damit soll nicht gesagt sein, daß nicht auch heute noch die Kastration in gewissen Fällen vorgenommen werden muß, weil sie medizinisch indiziert ist.

[56]) Wir übernehmen damit den Begriff, wie er, mit bezug auf diese Frage, in die Literatur Eingang gefunden hat.

sich nun dahin auswirken, daß der Bevölkerung eines Staates ihre Vollkraft erhalten bleibt. Das Mittel, um zu diesem Ziele zu gelangen, erblickt man darin, daß minderwertige Individuen, in Betracht kommen Geisteskranke und Verbrecher, von der Fortpflanzung ausgeschlossen werden. Es handelt sich also um eine rein prophylaktische Maßnahme, die durch rassenhygienische Erwägungen begründet wird. Die Anlagen zu geistiger Umnachtung, bezw. der Hang zum Verbrechen — die Theorie Lombrosos des delinquente nato scheint sich an gewissen Orten doch noch erhalten zu haben — sollen nicht auf die Nachkommen überpflanzt werden.

Es gibt nun viele Autoren, welche immer wieder hervorheben, daß der Staat nicht nur in rassehygienischer Hinsicht, mittelbar, ein Interesse an der Befürwortung und positiven Förderung solcher Eingriffe habe, sondern auch in materieller Richtung, indem er dadurch verhüten könne, daß ihm jährlich so und so viele minderwertige Individuen zur Last fallen. Auch, wird gesagt, seien die Anstaltsverhältnisse in der Schweiz derart schlechte, daß eine verhältnismäßig nur geringe Anzahl der effektiv vorhandenen Geisteskranken in den Irrenanstalten Aufnahme finden können. Die ideale Seite der Frage wird also durch eine rein materielle Erwägung zu verstärken versucht, wohl indem man glaubt, den Staat eher für sich gewinnen zu können [57]). Wir sind nun der Ansicht, daß in einer solchen Frage, deren positive Lösung die Freiheit des Bürgers u. U. auf schwerste zu verletzen imstande ist, finanzielle Rücksichten überhaupt aus dem Spiele zu lassen sind. Leben und Freiheit des Bürgers und die Vermögenslage des Staates, sind zwei durchaus verschiedene Güter, die nicht gegeneinander abgewogen werden dürfen.

Die Anregung zu der vorliegenden Frage kam, wie wir die Sache betrachten, von Amerika, dem Lande der unbegrenzten Möglichkeiten aus. In den beiden Staaten Indiana und Connecticut [58]) ist durch das Gesetz bereits sanktioniert, was bei uns erst noch postuliert wird. Europa steht der Angelegenheit im großen und ganzen noch sehr skeptisch gegenüber. Den größten Fortschritt,

[57]) Vgl. z. B. Oberholzer, Kastration von Geisteskranken in der Schweiz, 4, Anm. 2.

[58]) Oberholzer, a. a. O. 9.

wenn man so sagen darf, hat auf diesem Gebiete die Schweiz zu verzeichnen. Nicht etwa, daß wir in gesetzesgeberischer Hinsicht andern Staaten voraus wären. Wohl aber darin, daß, trotzdem diese Eingriffe durch das Gesetz nicht gestattet sind, diese dennoch von gewisser Seite vorgenommen werden. Diese Tatsache scheint man auch durchaus nicht geheim halten zu wollen. Mit liebenswürdiger Offenheit wird davon erzählt, wie in gewissen Irrenanstalten der Schweiz, wie z. B. in Wil (Kt. St. Gallen) und in der Anstalt Burghölzli (Zürich), Sterilisationen seit Jahren vorgenommen werden [59]). Die Ärzte kann allerdings der Vorwurf am wenigsten treffen. Denn aus einer die Frage betreffenden Abhandlung von Good [60]) geht hervor, daß richterliche Instanzen vorher konsultiert wurden. Diese begnügten sich jedoch damit, ausweichende Antworten zu erteilen, und scheuten sich auch nicht anzuraten, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen! Ein solches Verhalten muß entschieden als skandalös bezeichnet werden. Wenn überhaupt jemandem, dann mußte es einer richterlichen Instanz vor allem bekannt sein, daß das Gesetz solche Eingriffe nicht im entferntesten gestattet. Anstatt der „ausweichenden Antworten" hätte die klare Antwort erteilt werden müssen, daß derjenige, welcher einen Eingriff in die Fortpflanzungsfähigkeit eines Geisteskranken vornimmt, auf rein soziale Indikation hin, sich gegen das Gesetz vergeht [61]). Wir kommen nicht

---

[59]) So „beanspruchte ein besonderes Interesse" eine im Jahre 1911 in Deutschland an einer Hygieneausstellung gezeigte Tafel, welche veranschaulichte, welches die Resultate der in den schweizerischen Irrenanstalten Wil und Burghölzli vorgenommenen Sterilisationen waren; vgl. Allers, Fortpflanzung, Vererbung, Rassenhygiene, in DMW **27**, 1277.

[60]) Good, Ein psychiatrisches Postulat an das schweizerische Strafgesetzbuch, in Z **23**, 259.

[61]) Im Gegensatz dazu verhielt sich die aargauische Kriminalkammer, bezw. deren Präsident, durchaus korrekt, welcher sich in einem die Frage betreffenden Gutachten dahin äußerte, „daß der Jurist beim gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung dem Chirurgen raten müsse, die Vornahme der Kastration in solchen Fällen abzulehnen, da es sich dabei nicht um einen ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität zu Heilzwecken im Sinne der medizinischen Wissenschaft handle, wie er allein nach Theorie und Praxis der modernen Strafrechtswissenschaft außerhalb des Begriffes der strafbaren Körperverletzung falle (?), die derzeitige Gesetzgebung und Praxis aber ein Recht des Arztes, durch eine Operation eine Heilung in ethisch-sozialem Sinne herbeizuführen, nicht kenne. Es

um die Tatsache herum, daß weder die frühere noch die heutige Gesetzgebung irgendwelche Bestimmung enthält, welche die betreffenden Eingriffe rechtfertigen würde.

Zu der Art der Eingriffe, wie sie in den genannten Anstalten seit Jahren vorgenommen werden, und zwar, wie mitgeteilt wird, mit vollem Erfolg, bemerken wir folgendes. Der bei den Männern ausgeführte Eingriff wird bezeichnet als sog. Vasektomie: es wird hier eine teilweise Entfernung der Ductus deferentes nötig; der bei den Frauen vorgenommene Eingriff dagegen ist bekannt unter der Bezeichnung als Tubenresektion: hier wird, entsprechend dem Eingriff bei Männern, ein Stück der Eileiter entfernt. Good[62]) charakterisiert die Vasektomie als eine durchaus harmlose und schmerzlose Operation, dagegen, sagt er, sei die Gefahr, die die Tubenresektion mit sich führen könne, größer, indem hier eine Narkose notwendig sei, und die Möglichkeit, daß durch die Öffnung des Bauchfells eine Infektion der Wunde eintreten könne, nicht zum vornherein von der Hand gewiesen werden dürfe[63]).

Trotz der in gewisser Hinsicht gemachten Einwände stehen wir der geäußerten Idee grundsätzlich sympathisch gegenüber. Es ist tatsächlich nicht zu verkennen, daß rassenhygienische Erwägungen mit der Zeit auch von der Gesetzgebung berücksichtigt werden müssen. Es gehört zu den vornehmsten Aufgaben eines Staatswesens, eine gesunde, tatkräftige Bevölkerung heranzuziehen. Es kann allerdings auch nicht geleugnet werden, daß heute die Intentionen der meisten Kulturstaaten darauf gerichtet sind, in dieser

---

bedürfe deshalb erst eines besonderen Gesetzes, resp. einer Änderung der bestehenden Gesetzgebung, die die ärztlichen Eingriffe in derartigen Fällen gestattet oder sogar verlangt, und damit den Arzt von vornherein an allen an und für sich rechtlich denkbaren Folgen schützt". (Zitiert nach Oberholzer, a. a. O. 24 f. Anm.).

[62]) Good, a. a. O. 260.

[63]) Dieser Umstand kann allerdings u. E. als schwerwiegendes, gegen die allfällige Berechtigung der betreffenden Operation sprechendes Argument nicht angeführt werden, indem, wie Good selbst bemerkt, solche Fälle äußerst selten sind. Es besteht übrigens Aussicht dafür, daß in Zukunft ein operativer Eingriff überhaupt nicht mehr nötig wird, indem die Unfruchtbarkeit durch Röntgenbestrahlung erreicht werden kann. Die Röntgenbestrahlung ist, wenn sie mit der nötigen Vorsicht vorgenommen wird, durchaus unschädlich.

Hinsicht fördernd zu wirken, wenn auch bisher nur in der einen Richtung, daß der Körperpflege nötige Beachtung geschenkt wird. An die Ausrottung ungesunder, geistig minderwertiger Geschlechter hat man sich dagegen noch nicht gewagt. Wir glauben, daß die vor ca. 20 Jahren selbst von gewissen Psychiatern geäußerte Ansicht, daß es noch verfrüht sei, in dieser Frage mit praktischen Vorschlägen aufzuwarten, auch heute noch ihre Berechtigung hat. [64]). Jedenfalls muß davor gewarnt werden, daß eine allzu einseitige Behandlung des Problems erfolgt. Es bedarf einer Klärung der Frage sowohl in iuristischer, als auch in medizinischer und speziell psychiatrischer Hinsicht [65]). Nur durch eine allseitige Abwägung der verschiedenen in Betracht kommenden Komponenten wird ein befriedigendes Resultat erzielt werden können. Es wird nun allerdings nicht zu umgehen sein, daß auf diesem Gebiete bereits gemachte Erfahrungen herangezogen werden müssen. Dafür halte man sich aber an diejenigen Länder, in denen auf Grund gesetzlicher Sanktion diese Eingriffe vorgenommen werden dürfen. Wir wehren uns nach wie vor dagegen, daß bei uns von gewissen Ärzten

---

[64]) Vgl. z. B. H. W. Maier, Psychiatrische Bemerkungen zum neuen schweizerischen Strafgesetzentwurf, in Z 22, 313; ähnlich Pfeiffer, Chirurgische Operationen ohne Einwilligung und Sterilisation von Geisteskranken, in Z 27, 56.

[65]) Was die Unzuverlässigkeit der Vererbungsgesetze betrifft, so gilt das, was Labhardt (Zur Frage des künstlichen Abortes, in SJZ 22, 129 ff.) bezüglich der Abtreibung sagt, in gleichem Maße für unsere Frage: „Wenn auch der Laie etwa aus Erfahrung weiß, daß die Progenitur von solchen Minderwertigen oft keine günstige ist, so ist doch zu sagen, daß uns zur Zeit die Gesetze der Vererbung bei weitem nicht bekannt genug sind, um darauf gestützt so schwerwiegende Entschlüsse, wie die Tötung des menschlichen Lebens, fassen zu können. Auf Grund einer bloßen Wahrscheinlichkeit kann der Arzt sich nicht zu einem Eingriffe entschließen, der von so weittragender Bedeutung ist. Dazu kommt noch, daß die Bewertung sowohl der körperlichen als auch der geistigen Eigenschaften eine individuell sehr verschiedene ist (!); die Anerkennung eugenetischer Indikationen würde der Willkür einen viel zu weiten Spielraum lassen". (S. 134) „Man müßte den Ärzten die Gesetze der Vererbung klar und unzweideutig vorlegen, dann werden wir vielleicht einen andern Standpunkt einnehmen; aber solange wir nicht im voraus sicher wissen, daß dieses oder jenes Kind wirklich die Eigenschaften seines geisteskranken Vaters oder seiner geisteskranken Mutter erben wird, so lange können wir keine rassehygienischen Indikationen, ... keine rassehygienische Abtötung menschlicher Keime anerkennen." (S. 137).

solche Operationen ausgeführt werden, solange nicht die gesetzlichen Grundlagen dafür geschaffen sind. Das indifferente Verhalten der richterlichen Instanzen bietet durchaus keine Gewähr dafür, daß diese Eingriffe rechtmäßige sind. Eine Idee, so gut sie auch sein mag, muß als solche so lange erhalten bleiben, bis ihrer Verwirklichung von Gesetzes wegen nichts mehr im Wege steht. Andernfalls könnte man sich mit Recht fragen, inwiefern man sich von einer Gesetzgebung überhaupt einen Nutzen zu versprechen hat!

„Nur dann kann ein wirklicher Nutzen erwachsen und die Gesellschaft von einem schrecklichen Übel befreit werden, wenn die ganze Materie staatlich geregelt und festgelegt wird. Eine so wichtige und folgenschwere Maßnahme wie Kastration und Sterilisation darf nicht in das Belieben von Menschen gestellt werden, sondern sie muß, herausgeboren aus der wirtschaftlichen Erkenntnis und sozialen Notwendigkeit, in feste und klare Gesetzesnormen gefaßt werden“ [66]).

III. Gynäkologische Eingriffe.

Wir können im Rahmen dieser Arbeit davon Umgang nehmen, auf das Problem der Fruchtabtreibung einzutreten. In sachlicher Hinsicht würde allerdings nichts im Wege stehen, indem unter Schwangerschaftsunterbrechungen gynäkologische Eingriffe, wenn auch in des Wortes weitester Bedeutung, verstanden werden können. Was uns aber davon abhält, ist der Umstand, daß der Gesetzgeber diesem Problem Beachtung schenkte. Durch Art. 107 E. ist die ärztlich indizierte Fruchtabtreibung sanktioniert. Einer Kritik über diese Bestimmung enthalten wir uns. Wir stellen bloß mit Genugtuung fest, daß der Gesetzgeber an der Zulänglichkeit des Art. 31 E., speziell des Passus über die Berufspflicht, offenbar zweifelte. Würde dieser die Bedeutung beigemessen werden können, die man ihr zuerkennen wollte, so hätte für die Aufnahme des Art. 107 E. kein Bedürfnis bestanden. Für uns ist also lediglich von Interesse, daß eine gesetzliche Regelung überhaupt erfolgt ist.

Damit ist aber der Gesetzgeber auf halbem Wege stehen ge-

---

[66]) Juliusberger, Zur Frage der Kastration und Sterilisation von Verbrechern und Geisteskranken, in DMW 38, 418.

blieben, indem er den gynäkologischen Eingriffen i. e. S. eine gesetzliche Regelung vorenthielt. Wir sehen den Grund dafür nicht ein, die unter gewissen Voraussetzungen durch den Arzt vorzunehmende Abtreibung zu normieren, von einer Regelung derjenigen Fälle aber abzusehen, bei denen es sich um Leben und Tod, um Sein oder Nichtsein handeln kann. M. a. W. wir vermissen eine gesetzliche Normierung derjenigen Eingriffe, die notwendig werden anläßlich einer anormalen Geburt, wobei der Fall eintreten kann, daß ein Menschenleben, sei es das der Mutter, sei es das des Kindes, geopfert werden muß. Durch dieses sich Ausschweigen des Gesetzes hierüber wird dem Arzte die Macht eingeräumt, darüber zu bestimmen, welches der beiden Lebewesen vernichtet, welches gerettet werden soll [67]). Es ist eine Erfahrungstatsache, daß der Geburtshelfer vielfach vor diese Alternative gestellt wird.

Als die beiden hauptsächlichsten, in Betracht kommenden Operationen sind zu nennen die Perforation und der Kaiserschnitt (sectio caesarea). Bedingt sind sie dadurch, daß eine Geburt per vias naturales nicht erfolgen kann. Die Ursache zu solchen anormalen Geburten liegt in den meisten Fällen darin, daß das Becken der Gebärenden, infolge Rachitis oder Osteomalazie, zu eng ist, um dem Kinde den Austritt aus dem Mutterleibe zu ermöglichen.

Die Perforation ist ein Sammelbegriff für Eingriffe, welche vorgenommen werden, um das Kind während der Geburt zu zerstückeln. Eine der verschiedenen Arten ist die sog. Kraniotomie, bei welcher die Schädelhöhle des Kindes angebohrt und dieses

---

[67]) Darauf, daß nicht etwa die Bestimmungen über Abtreibung angewendet werden können, hat Guggisberg (a. a. O. 27 f.) hingewiesen: „Wir Ärzte sind gewohnt, unter Abtreibung und Perforation ganz verschiedene Dinge zu verstehen. — Unter Abtreibung verstehen wir eine Handlung, die eine Unterbrechung der Schwangerschaft bezweckt. — Die Perforation ist die Zerstückelung des Kindes während der Geburt. — Das eine Mal handelt es sich um eine Schwangere, das andere Mal um eine Gebärende. — Geburt und Schwangerschaft sind Zustände, die physiologisch vollständig voneinander verschieden sind... — Es ist absolut unlogisch und gegen die Auffassung der Ärzte, diesen Paragraphen auf die Perforation anwenden zu wollen. Jahrhunderte alte Begriffe lassen sich eben nicht durch eine iuristische Verschiebungskunst plötzlich anders interpretieren".

dann mit der Zange extrahiert wird [68]). Unter Kaiserschnitt dagegen versteht man die Eröffnung der Gebärmutter nach Eröffnung der Bauchhöhle durch die Bauchdecke zur Entwicklung der Frucht [69]).

Was die Perforation betrifft, so ist iuristisch nur der Fall von Interesse, da diese an einem lebenden Kinde [70]) vorgenommen wird, indem hier zweifellos der Tatbestand der vorsätzlichen Tötung vorliegt [71]). Wird dagegen ein totes Kind perforiert, so ist diese Handlung strafrechtlich irrelevant. Auch bezüglich der Operation des Kaiserschnittes müssen wir eine Abgrenzung vornehmen. Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen absoluter und relativer Indikation [72]). Unter der ersteren ist der Fall zu verstehen, da diese Operation den einzigen überhaupt möglichen Eingriff darstellt, wie z. B. beim Vorhandensein eines Tumors; durch die Anwendung der Perforation ist die Lebensgefahr für die Mutter wenn nicht größer, so doch ebenso groß wie bei der sectio caesarea. Die letztere bietet aber die Möglichkeit, das Kind am Leben zu erhalten. Wir haben daher im folgenden nur die Fälle der relativen Indikation zu berücksichtigen.

Kann die Perforation als die Operation der Praxis bezeichnet werden, so wird die sectio caesarea im allgemeinen auf die Klinik beschränkt. Die große Mortalität der durch Kaiserschnitt operierten Frauen ist zurückzuführen auf die Infektionsgefahr, der diese dadurch unterworfen werden. Durch die aseptische Behandlung in

[68]) Spinner, a. a. O. 404.

[69]) v. Braun-Fernwald, Der Kaiserschnitt, in Enzyklopädie der Geburtshilfe und Gynäkologie (herausg. von Sänger und v. Herff) 1, 468.

[70]) Wenn wir hier von „Kind" und nicht von „Frucht" sprechen, so folgen wir damit der Terminologie des Entwurfes; vgl. Art. 103 E. Auch können wir unsere Behauptung folgendermaßen begründen: Dadurch, daß die Geburt infolge räumlicher Mißverhältnisse verzögert wird, kann durch argumentum e contrario geschlossen werden, daß, wenn diese räumlichen Mißverhältnisse nicht bestehen würden, die Ausstoßungstätigkeit bereits vor sich gegangen wäre. Das Lebewesen hat also die nötige Reife erreicht, um ein selbständiges Dasein zu fristen. Willkürlicher, als die Annahme, daß darauf abzustellen sei, ob der neue Mensch den ersten Atemzug außerhalb des Mutterleibes getan habe, ist unsere Ansicht wohl nicht.

[71]) Art. 98 E.

[72]) v. Braun-Fernwald, a. a. O. 468 f.

der Klinik kann dieser Gefahr vorgebeugt werden, sodaß der Kaiserschnitt in diesem Falle der Perforation vorgezogen werden kann. Es gibt zwar Ärzte, die den Kaiserschnitt auch schon für die Praxis empfehlen, indem sie darauf hinweisen, daß auch bei einer Perforation die Infektionsgefahr nicht ganz ausgeschlossen werden könne, indem besonders bei Erstgebärenden Einrisse in die durch die Perforationsinstrumente berührten Organe unvermeidlich seien [73]). Ohne uns in dieser Frage ein Urteil zu erlauben, so glauben wir uns auf die Statistik berufen zu dürfen, durch welche erwiesen ist, daß die Sterblichkeit der Gebärenden bei der Operation des Kaiserschnittes eine ungleich größere ist, als bei der Perforation.

Bezüglich der Perforation wird nun von einigen Autoren angenommen, diese erhalte ihre Rechtfertigung durch die Bestimmung über den Notstand [74]). Gegenüber dieser Ansicht verhalten wir uns ablehnend, und zwar aus folgenden Überlegungen.

Die Notstandsbestimmung des schweizerischen Entwurfes (Art. 33) lautet:

„Die Tat, die jemand begeht, um sein oder eines andern Gut, namentlich Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Vermögen, aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist kein Vergehen, wenn dem Täter den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben ..."

Die Motive, die den Gesetzgeber zur Aufnahme der Notstandsbestimmung veranlaßten, sind in dieser selbst zum Ausdruck gebracht. Darüber aber gibt sie keine Auskunft, wie der Notstand — namentlich mit bezug auf den Wert des gefährdeten und des zu gefährdenden Gutes — abzugrenzen sei. Eine Unterscheidung scheint uns aber notwendig zu sein. Diese treffen wir dahin, daß wir Mensch und Sache einander gegenüberstellen, und stellen die Behauptung auf, daß wohl eine Sache für ein gefährdetes Menschenleben, nie aber ein Menschenleben für eine Sache geopfert werden darf. Diese Behauptung glauben wir nicht näher begründen zu müssen, sie erklärt sich aus der allgemeinen, objektiven Bewertung

---

[73]) Laubenburg, Der Kaiserschnitt in der Praxis, in DMW 36, 313.

[74]) Vgl. darüber namentlich bei Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation, 12 ff.

der verschiedenen Rechtsgüter. Hinsichtlich der Perforation nun ist eine Einschränkung dahin vorzunehmen, daß sich nicht Mensch und Sache gegenüberstehen, sondern zwei Menschenleben, das der Mutter und das des Kindes. Wir halten es für verfehlt, eine Wertschätzung dieser beiden Lebewesen vorzunehmen und daraus — wie es hie und da getan wurde — zu folgern, daß das Kind, als ein unentwickeltes, unselbständiges Geschöpf, zur Erhaltung der Mutter ohne weiteres geopfert werden dürfe, und zwar von einem Dritten, der sich darum, ob die Mutter damit einverstanden ist oder nicht, nicht zu kümmern hätte. Der Hauptgrund, weshalb wir die Notstandsbestimmung zur Rechtfertigung der Tötung des Kindes ablehnen, liegt eben darin, daß auf den Willen der Mutter keine Rücksicht genommen wird. In der Tatsache, daß Art. 33 E. von einer „nicht anders abwendbaren Gefahr" spricht, kann für die Notstandstheorie, auf den Fall der Perforation bezogen, keine Erhärtung erblickt werden. Denn in casu ist immer noch die Operation des Kaiserschnittes möglich. Damit würde bloß eine Verschiebung der in Betracht kommenden Personen erfolgen. Ist es dort das Kind, das der Mutter zuliebe getötet werden soll, so wird hier — in den meisten Fällen — wenn auch nur mittelbar, die Mutter dem Kinde geopfert werden müssen.

Zur Rechtfertigung der Perforation wurden noch andere Versuche unternommen. Heimberger, der diese in seiner Dissertation „Über die Straflosigkeit der Perforation" einer Kritik unterzogen hat, sagt hierüber: „Die vielen Versuche erscheinen als ein beredtes Zeugnis dafür, wie sehr die Straflosigkeit der Perforation eine Forderung des Gefühls und des gesunden Menschenverstandes ist, und wie allgemein man sich von dem Bewußtsein der Rechtmäßigkeit dieser Forderung durchdrungen sieht" [75]).

Was wir für die ärztlichen Eingriffe im allgemeinen gesagt haben, das gilt auch hinsichtlich der Perforation im besonderen: die fruchtlosen theoretischen Erörterungen verhelfen der Erkenntnis zum Durchbruch, daß es einer gesetzlichen Bestimmung bedarf, um die Perforation zu einer anerkanntermaßen rechtmäßigen Handlung zu gestalten. Daß sie gestattet werden muß, dürfte außer

[75]) Heimberger, a. a. O. 29.

Frage stehen, indem sie in vielen Fällen eine unumgängliche Notwendigkeit darstellt.

Wenn wir also die Rechtmäßigkeit der Perforation grundsätzlich anerkennen, so besteht unsere Aufgabe im folgenden lediglich darin, die Bedingungen festzusetzen, unter denen sie vorgenommen werden darf, und sie gegenüber der sectio caesarea abzugrenzen.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß der Mutter, und ihr allein, die Entscheidung darüber zustehen soll, ob sie die Perforation gestatten oder den Kaiserschnitt dulden will. Es besteht u. E. kein Grund dafür, von dieser Ansicht abzuweichen. Denn, daß die sectio caesarea eine Operation darstellt, wie mancher andere Eingriff auch, dürfte nicht bestritten sein. Es kann daher die Mutter zum Kaiserschnitt nicht gezwungen werden. Willigt sie in diese Operation nicht ein, so ist grundsätzlich die Perforation indiziert. Es ist nun aber denkbar — praktisch werden solche Fälle zwar äußerst selten sein — daß sie auch diese nicht zulassen will, daß sie also sich selbst und das Kind dadurch dem Tode preisgibt. Wir halten auch hier den Grundsatz aufrecht, daß sich die Mutter einen Eingriff in ihre Körperintegrität, wie ihn die Perforation darstellt, wider ihren Willen nicht gefallen lassen muß. Die Motive, welche die Frau zu einem solchen Verhalten veranlassen, können aus edler Gesinnung entstanden sein. So kann sie z. B. den Kaiserschnitt nicht dulden wollen, weil sie mit der Möglichkeit, wenn nicht mit der Gewißheit rechnen muß, daran zugrunde zu gehen, und das Kind allein, hilflos zurückzulassen [76]). Anderseits aber argumentiert sie, daß, weil sie das Kind durch die Duldung des Kaiserschnittes nicht retten will, sie auch nicht das Recht hat, in seine Tötung einzuwilligen. Sie verweigert daher die Perforation, indem sie vorzieht, der Sache ihren natürlichen Verlauf zu lassen und so mit dem Kinde zu sterben. Es kann dem Arzte weder zugemutet werden, noch steht es ihm an, die Beweggründe zu erforschen, welche die Mutter in ihrem Verhalten leiteten. Er hat sich lediglich an die Tatsache der Einwilligung, bezw. Weigerung zu halten, und seine Maßnahmen danach einzurichten.

Eine Meinung geht nun dahin, daß, wenn die Mutter den

[76]) So z. B. bei illegitimer Geburt.

Kaiserschnitt zu dulden sich weigere, es moralwidrig sei, wenn sie dadurch gehalten werde, ihre Einwilligung in die Perforation zu erteilen, indem sie damit dem Kinde das Todesurteil spreche. Um die Mutter zu diesem Vorgehen nicht zu zwingen, dürfe der Arzt die Perforation von sich aus vornehmen. Daß wir uns dieser Ansicht nicht anschließen können, dürfte aus dem eben Gesagten hervorgehen, wo wir dargetan haben, daß eine Verweigerung des Kaiserschnittes durchaus nicht die Einwilligung in die Perforation in sich schließen muß. Ferner ist das Moralwidrige dieser Handlungsweise dadurch in weitem Maße entschuldigt, daß umgekehrt die Mutter, würde sie in die sectio caesarea einwilligen, sich selbst — in vielen Fällen wenigstens — das Todesurteil sprechen würde. Diesen Heroismus kann man aber von der Mutter nicht verlangen, und es ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß diese Heldenhaftigkeit durch die Tatsache, daß die Mutter ihre Angehörigen hilflos zurückläßt, bedeutend geschmälert werden kann [77]).

Wenn wir früher darauf hingewiesen haben, daß die Operation des Kaiserschnittes vornehmlich außerhalb der Klinik mit großen Gefahren für die Mutter verbunden ist, daß dagegen die Gefahren der Perforation in der Praxis nicht größer sind als in der Klinik [78]), so möchten wir diese Scheidung doch nicht konsequent durchgeführt wissen. Denn das Bestimmungsrecht der Mutter darf nicht durch die äußeren Verhältnisse beeinträchtigt werden. Wenn sie also, trotzdem sie durch den Arzt auf die Gefahr aufmerksam gemacht wurde [79]), darauf beharrt, daß das Kind vor allem gerettet

[77]) Auch ist es verfehlt, daraus auf den Charakter der Mutter schließen zu wollen, in dem Sinne, daß man ihr vorwirft, egoistisch zu handeln, und dadurch der vielgepriesenen Mutterliebe zu spotten. Daß eine richtige, intensive Liebe zu dem Kinde noch nicht vorhanden sein kann, halten wir für durchaus natürlich, indem zu bedenken ist, daß die Entscheidung in einen Zeitpunkt fällt, da das Kind noch nicht eigentlich vorhanden ist, die Mutter sich noch nicht mit ihm befassen konnte.

[78]) In beiden Fällen sind sie relativ gering.

[79]) Wir setzen es als eine Selbstverständlichkeit voraus, daß derjenige, welcher in den Fall kommt, entweder zu der Perforation des Kindes oder zum Leibschnitt an der Mutter zu schreiten, diese über die beiden Möglichkeiten, sowie auf die Gefahren, die damit verbunden sind, aufmerksam macht.

werde, wenn sie also m. a. W. den Kaiserschnitt verlangt, so muß dieser ausgeführt werden [80]) [81]).

Ist dagegen die Mutter nicht imstande, die Einwilligung zu dem einen oder dem andern Eingriff zu erteilen, dann soll der Arzt diejenige Operation vornehmen, welche die größere Möglichkeit bietet, die Mutter am Leben zu erhalten. Wir verlangen dies mit Hinblick darauf, daß, wenn schon ein Eingriff ohne Einwilligung ausgeführt werden soll, dieser so erfolgen muß, daß dadurch die persönliche Freiheit der betreffenden Person eine möglichst geringe Beeinträchtigung erfährt.

Nebst der Mutter, und zwar nur nach dieser, räumen wir dem Arzte allein die Entscheidung über die Art des vorzunehmenden Eingriffs ein. Bezüglich der Einwilligung von Drittpersonen greifen in erhöhtem Maße die selben Erwägungen Platz, die wir anläßlich der Besprechung des Operations- und Behandlungsrechts aufgestellt haben. Wir sind der Ansicht, daß, weil auf keinem andern Gebiete, wie gerade auf dem des Sexuallebens, die verschiedensten Interessen mitspielen können, hier die größte Vorsicht und Objektivität gewahrt werden muß. Käme in casu ein Stellvertretungsrecht in Betracht, so wäre dieses wohl so zu gestalten, daß die Entscheidung dem Ehegatten, als der nächstbeteiligten Person, zuzugestehen wäre. Es muß aber damit gerechnet werden, daß die Entscheidung, die dieser treffen würde, durchaus nicht immer mit derjenigen in Einklang steht, die die Mutter getroffen hätte, wenn sie dazu imstande gewesen wäre. Ohne praktischen Wert wäre es, wenn man z. B. eine Einschränkung dahin machen wollte, daß man die vom Ehemann verlangte Perforation für den Arzt als bindend erklären wollte, ganz abgesehen davon, daß darin auch vielfach nur ein Indiz für seine ehrliche Gesinnung erblickt werden könnte [82]).

---

[80]) Ähnlich Spinner, a. a. O. 416.

[81]) Eine Anleitung dafür, wie mit relativ einfachen Mitteln eine sectio caesarea außerhalb der Klinik vorgenommen werden kann, gibt Laubenburg, a. a. O. 314 f.

[82]) Es ist z. B. der Fall denkbar, daß ein Ehemann die Perforation aus rein egoistischen Motiven verlangt, nämlich dann, wenn er weiß, daß das zu erwartende Kind nicht von ihm gezeugt wurde. Zugleich ist er sich bewußt, daß die Mutter die Perforation nie gestatten würde. Der Arzt kann natürlich nicht untersuchen, welches die Beweggründe sind, die den Ehemann veranlaßten,

Was endlich die Frage betrifft, wer zu der Vornahme der erwähnten Eingriffe kompetent sei, so halten wir uns ebenfalls an das bezüglich des Operations- und Behandlungsrechts Gesagte [83]). Daß hier durch die Freilassung weniger als auf einem andern Gebiete, d. h. als bei andern Operationen, ein Schaden entsteht, glauben wir mit Guggisberg [84]) annehmen zu dürfen, welcher die Ansicht vertritt, daß sie Operationen darstellen, die ziemlich kompliziert sind, sodaß eine Person, der die nötigen Kenntnisse mangeln, sie kaum vorzunehmen wagt. Anderseits soll der nicht patentierte Arzt, der in den Fall kommt, an einer Kreißenden eine der erwähnten Operationen auszuführen, und dies mit der nötigen Geschicklichkeit und Sorgfalt tut, straffrei ausgehen [85]).

Auf Grund dieser Erwägungen schlagen wir folgende Bestimmung vor:

„Wird ein Eingriff in die Geburt notwendig, so ist derjenige, welcher ihn, dem Willen der Mutter gemäß, mit der erforderlichen Sorgfalt und Geschicklichkeit ausführt, nicht strafbar.

Ist die Mutter nicht in der Lage, eine Erklärung abzugeben, so soll derjenige Eingriff vorgenommen werden, welcher mit der voraussehbar geringeren Gefahr für das Leben der Mutter verbunden ist.“

---

die Perforation zu verlangen. Als das Naheliegendste wird er annehmen, daß er die Mutter vor der gefährlichen Operation des Kaiserschnittes bewahren wollte, und damit großmütig auf Nachkommenschaft verzichtet.

[83]) Auch Heimberger, Berufsrechte und verwandte Fälle, in VD A 4, 71 bleibt sich in dieser Frage konsequent.

[84]) a. a. O. 28.

[85]) Dafür, daß auch einem Laien ein solcher Eingriff glücken kann, spricht der von Spinner, a. a. O. 413 Anm. 649 zitierte Fall: „Am Anfang des 16. Jahrhunderts vollführte der Schweineschneider Jacob Nufar im Thurgau an seiner Frau, zum ersten Male an einer Lebenden, den Kaiserschnitt mit solchem Glück aus, daß die Mutter die Welt noch mit einer großen Anzahl Kinder beschenken konnte“.